DIE ÜBERTRAGUNG UND BELASTUNG VON MITGLIEDSCHAFTEN IN DER STILLEN GESELLSCHAFT

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Harald Janzen
Rechtsanwalt aus Allendorf/Eder

Marburg
1979

Druck von citydruck in Würzburg

DIE ÜBERTRAGUNG UND BELASTUNG VON MITGLIEDSCHAFTEN IN DER STILLEN GESELLSCHAFT

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Harald Janzen
Rechtsanwalt aus Allendorf/Eder

Marburg
1979

Druck von citydruck in Würzburg

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am : 31. Januar 1979
Berichterstatter: Professor Dr. Baltzer
Mitberichterstatter: Professor Dr. Beuthien
Tag der mündlichen Prüfung: 5. Februar 1979

G L I E D E R U N G

Seite

Einleitung. 1

1. Praktische Anwendungsmöglichkeiten des Rechtsinstituts stille Gesellschaft. 4
2. Die praktische Bedeutung der Verkehrsfähigkeit von Beteiligungen in stillen Gesellschaften. 10

Teil 1.: Die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft.

I.: Die typische stille Gesellschaft als " Gesellschaft ". 12

1. Die Wesensmerkmale der Gesellschaft im weiteren Sinne 14
   a). Der gemeinsame Zweck 14
   b). Die Beitragspflicht 16
   c). Mittel der Zweckförderung im einzelnen 17
      aa). Die Verlustbeteiligung 18
      bb). Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis? 19
2. Vorhandensein von Merkmalen der Gesellschaft im weiteren Sinne bei der stillen Gesellschaft 20
3. Personengesellschaft - Kapitalgesellschaft 22
   a) Unterscheidungsmerkmale 22
   b) Einordnung der stillen Gesellschaft 23
4. Die körperschaftlich strukturierte stille Gesellschaft 26
5. Ergebnis 28

II.: Die Stellung der Gesellschafter in der stillen Gesellschaft 29

1. Einzelbeziehungen, die die Mitgliedschaften kennzeichnen. 29

Seite

a) Die vermögensrechtlichen Beziehungen 30
b) Die gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen 31
c) Die Verteilungsmaßstäbe 34
d) Die tatsächlichen Beziehungen 35
2. Einzelbeziehungen und Mitgliedschaft. 37
a) Die Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis 37
b) Die Mitgliedschaft als subjektives Recht 38
c) Versuch einer eigenen Lösung für die stille Gesellschaft 39

Teil 2.: Die Übertragung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft. 49

I. Grundlagen der Übertragbarkeit. 50
1. Die " Austritt-Eintritt-Theorie ". 51
2. Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft bei Personengesellschaften 53
a) Die Theorie des einfachen Verfügungsgeschäftes 53
b) Die Theorie der Vertragsübernahme 55
3. Rechtliche Untersuchung der Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft bei einer stillen Gesellschaft 56
a) Die gesetzliche Regelung 57
b) Bestehen einer Gesetzeslücke? 58
c) Schranken aus der Rechtsnatur der Mitgliedschaft 64
d) Logische Gründe gegen eine Rechtsnachfolge 66
e) Verletzung berechtigter Drittinteressen 67
4. Dogmatische Begründung der Übertragung 67
a) Analoge Anwendung der §§ 339 II HGB, 727 I 2. Halbs. BGB ? 68
b) Analoge Anwendung der Regeln für juristische Personen des Privatrechts. 69
c) Ausfüllung der Gesetzeslücke in Anlehnung an die Vertragsübernahme 71

Seite

II.: Die praktische Ausgestaltung der Mitgliedschaftsübernahme. 78

1. Veräußerung der Mitgliedschaft durch den Austretenden. 78
   a) Bevollmächtigung des Veräußerers. 78
   b) Übertragung durch den Austretenden im eigenen Namen. 79
   c) Einführung der Mitgliedschaftsübernahme durch den Gesellschaftsvertrag. 80
   d) Überlegungen zum Zustimmungserfordernis 83
2. Verpflichtung der verbleibenden Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Mitgliedschaftsübernahme. 85
   a) Der Wechsel des stillen Gesellschafters 86
   b) Veränderungen auf Seiten des stillen Gesellschafters, die einem Gesellschafterwechsel gleichkommen könnten. 89
      aa) Gesellschafterwechsel beim stillen Gesellschafter 92
      bb) Änderung der Rechtsform beim stillen Gesellschafter 94
   c) Der Wechsel des Geschäftsinhabers. 97
      aa) Die Veräußerung des Geschäftsvermögens 97
      bb) Rechtsfolgen einer unzulässigen Verfügung über das Geschäftsvermögen 99
      cc) Die Übertragung der Mitgliedschaft des Geschäftsinhabers 102
   d) Veränderungen beim Geschäftsinhaber, die einem Gesellschafterwechsel gleichkommen 104
      aa) Ein Einzelkaufmann als Geschäftsinhaber 104
      bb) Eine Personengesellschaft als Geschäftsinhaber 106
      cc) Eine Kapitalgesellschaft als Geschäftsinhaber 107
   e) Rechtsfolgen der unzulässigen Veränderungen 109

Seite

III.: Zusammenfassung zur Übertragung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften. 113

Teil 3.: Die dingliche Belastung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft. 115

I.: Die Zulässigkeit dinglicher Belastung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft. 117

1. Überblick 117
   a) Belastung der übertragbaren Einzelrechte 118
   b) Der Nießbraucher als vollständiger Gesellschafter 119
   c) Nießbrauch als " sekundäre Mitgliedschaft" 120
   d) Nießbrauch am Gewinnstammrecht 121
   e) Belastung der Einlage des stillen Gesellschafters. 122
   f) Zusammenfassende Würdigung der Lösungsvorschläge 123
2. Die echte Belastung der Parteistellung im Rechtsverhältnis 125
3. Überprüfung des Ergebnisses anhand sachenrechtlicher Grundprinzipien 130
   a) Numerus clausus der Sachenrechte 130
   b) Typenfixierung im Sachenrecht 131
4. Die rechtstechnische Durchführung der Belastung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft 135
5. Zusammenfassung 137

Seite

II.: Auswirkungen dinglicher Belastungen auf das Gesellschaftsverhältnis. 138
1. Belastung beim Geschäftsinhaber 138
2. Auswirkungen einer Belastung des Handelsgeschäfts auf den Gesellschaftsvertrag 141
3. Die dingliche Belastung der stillen Beteiligung 142
4. Rechtsfolgen unzulässiger Belastungen stiller Beteiligungen. 143

III.: Die praktische Ausgestaltung dinglicher Belastungen an der stillen Beteiligung. 145

A.: Die Nießbrauchsbestellung an stillen Beteiligungen. 145
1. Die vermögensrechtliche Seite der Nießbrauchsbestellung an der Mitgliedschaft 145
a) Der Gewinnanspruch 145
aa) Bildung von Rücklagen und Reserven 146
bb) Aufstockung der Einlagen 148
b) Die Verlustbeteiligung 150
c) Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben 150
aa) Auseinandersetzungsguthaben als Nutzung? 150
bb) Nießbrauch am Surrogat der Beteiligung 151
2. Die herrschaftsrechtliche Seite der Nießbrauchsbestellung an der Mitgliedschaft 153
a) Mitwirkungsrechte als Nutzungen ? 153
b) Allgemeines Verwaltungsrecht des Nießbrauchers 154
c) Die Übertragung von Mitwirkungsrechten auf den Nießbraucher durch zusätzliches Rechtsgeschäft 154

Seite

aa) Das Prinzip der Vertragsfreiheit 155
bb) Der Grundsatz der Typenordnung 155
cc) Die Übertragung von Mitwirkungsrechten speziell in der stillen Gesellschaft 157
dd) Abspaltungsverbot auch bei der stillen Gesellschaft 157
d) Abgeleitete Rechte des Nießbrauchers 160
aa) Ermächtigung zur Ausübung der Mitwirkungsrechte 161
bb) Die Vollmacht zur Ausübung von Mitwirkungsrechten 161
e) Die Einräumung von Mitwirkungsrechten für den Nießbraucher 163
aa) Informations- und Kontrollrechte 163
bb) Die Stimmrechtsgewährung 167
cc) Die Einräumung von Geschäftsführungsbefugnissen 168
dd) Die Einräumung eines Kündigungsrechts 169
f) Der Ausschluß von Mitwirkungsbefugnissen beim stillen Gesellschafter 170
aa) Der Ausschluß der Kontroll- und Informationsrechte 172
bb) Der Ausschluß der Geschäftsführungsbefugnisse 173
cc) Der Ausschluß der Stimmberechtigung 173
dd) Der Ausschluß des Kündigungsrechts 175
3. Beeinträchtigungen des Nießbrauchs 176
a) Der Schutz des Nießbrauchers nach § 1065 BGB 176
b) Der Schutz des Nießbrauchers nach § 1071 BGB 178
c) Der Schutz des Nießbrauchers in Sonderfällen 179

Seite

4. Zusammenfassung zur Nießbrauchsbestellung an einer stillen Beteiligung 180

B.: Die Verpfändung stiller Beteiligungen. 182

1. Die Stellung des Pfandgläubigers bis zur Pfandreife 182
   a) Die vermögensrechtliche Stellung des Pfandgläubigers 183
      aa) Der Gewinnanspruch 183
      bb) Die Verlustbeteiligung 184
      cc) Das Auseinandersetzungsguthaben 185
   b) Die herrschaftsrechtliche Stellung des Pfandgläubigers 185
   c) Beeinträchtigungen des Pfandrechts 187
2. Die Stellung des Pfandgläubigers bei der Verwertung 189
   a) Anwendung der Regeln über die Pfändung des Auseinandersetzungsanspruchs 189
   b) Besonderheiten beim rechtsgeschäftlichen Pfandrecht 191
      aa) Erfordernis eines rechtskräftigen Titels 191
      bb) Vorheriger Vollstreckungsversuch 192
   c) Besondere Verwertungsvereinbarungen 194
3. Zusammenfassung zur Verpfändung stiller Beteiligungen 195

Teil 4.: Mögliche Alternativen zur dinglichen Belastung stiller Beteiligungen. 196

I.: Die Treuhand an einer stillen Beteiligung. 197

Seite

II.: Die Pacht einer stillen Beteiligung. 199

III.: Die Unterbeteiligung an einer stillen Beteiligung. 201

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Aulinger: Die atypische stille Gesellschaft, Düsseldorf 1955.

Ballerstedt, Kurt: Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaft, JuS 1963, 153 ff.

Baltzer, Johannes: Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln, Berlin 1965.

Barz, Carl-Hans: Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personalgesellschaften, JW 1938, 490 ff.

Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch, 20. Aufl. München 1972.

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, Kurzkommentar, 31. Aufl. München 1973.

Baur, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Aufl. München, Berlin 1973.

Becker, Karl: Übertragung einzelner gesellschaftlicher Rechte bei Personengesellschaften, GmbH Rdsch 1951, 92 m. Anm. v. Seydel.

Beuthin, Volker: Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974, 26 ff.

Beyerle, F.: Ertragsbeteiligung als dingliches Recht, JZ 1955, 257.

Blaurock, Uwe: Zur stillen Beteiligung mehrerer Personen an einer Apotheke, NJW 1972, 1119 f.

Blomeyer, Arwed: Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. Berlin Frankfurt 1969.

Böckelmann, Dieter: Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, Tübingen 1971.

Böttcher-Zartmann: Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung wirtschaftlich, handelsrechtlich, steuerlich, Stuttgart 1968.

Brecher, Fritz: Das Unternehmen als Rechtsgegenstand (Rechtstheoretische Grundlegung), Bonn 1953.

Buchda, Gerhard: Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Marburg 1933.

Buchwald, F.: Die geschenkte Aufnahme in eine Personengesellschaft, GmbH Rdsch. 1953, 81 ff.

ders.: Abtretung von " Anteilen an einer Personengesellschaft "? BB 1955, 52.

ders.: Nichtgesellschafter als Geschäftsführer bei der OHG und KG? DB 1957, 109 ff.

Bürger, H.: Nießbrauch, Pfandrecht und Pacht an Gesellschaftsanteilen der Personengesellschaften des Handelsrechts, Diss. Köln 1953.

Bunke, Erwin: Der Nießbrauch an der Beteiligung an einer Personalgesellschaft, DNotZ 1968, 5 ff.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.

Crome, Carl: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, 1897.

Demelius, Heinrich: Vertragsübernahme, Jher. Jahrb. 72, 241 ff.

Dieckmann, Wilhelm: Die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Göttingen 1936.

Dubischar, Roland: Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, II Band 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Gesellschaftsrecht,
1. Hälfte, Allgemeine Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, erläutert von : Karl Geiler.

2. Hälfte, §§ 105 - 177, 355 - 342 HGB, erläutert von: Julius Flechtheim.

Ehrenberg, Victor: Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band 1. Abteilung, Leipzig 1914.
3. Band 1. Abteilung, Leipzig 1916.

Eichler, Hermann: Die Rechtslehre vom Vertrauen; Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950.

Engelhardt-Raffée: Grundzüge der doppelten Buchhaltung, 2. Aufl. Wiesbaden 1971.

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, Tübingen 1959.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 14. Bearbeitung, Tübingen 1954.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, herausgegeben von Walter Erman und Harm Peter Westermann, 5. Aufl. Münster 1972.

Erman, Walter: Die Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, in Festschrift für H. C. Nipperdey Bd. I München, Berlin 1965, S. 277 ff.

Esser, Josef: Schuldrecht, Ein Lehrbuch, 4. Aufl. Karlsruhe 1970, Bd. I + II.

Fabricius, Fritz: Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts, 2. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971.

ders.: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, JZ 1967, 144 ff.

Fasold, Rudolf W: Die stille Gesellschaft mit der " eigenen " GmbH - eine attraktive Unternehmensform - GmbH Rdsch. 1970, 155 ff.

Ficker, Claudius: Vertragsübernahme und droits relatifs au bien, AcP 1965, 35.

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 3. Aufl. Berlin New York 1971.

Fischer, Ott-Heinrich: Gesellschaft und Einlagegeschäft, Diss. Marburg 1936.

Fischer, Robert: Fragen aus dem Recht der stillen Gesellschaft, JR 1962, 201 ff.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965.

ders.: Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136, 177 - 207.

ders.: Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch die Übertragung der Mitgliedschaft, in Festschrift für Karl Larenz 1973, S. 769 ff.

Furtner, Georg: Pfändung der Mitgliedschaftsrechte bei Personengesellschaften, MDR 1965, 613 ff.

Gierke, Julius v.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 5. Aufl. 2. Teil Berlin 1941.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht, 1. Aufl. Leipzig 1895 Bd. I.

Godin-Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. Berlin 1971.

Godin, Reinhard Freiherr v.: Nutzungsrechte an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949.

Gösele, Jörg Hermann: Nießbrauch als Ertragsbeteiligung am Unternehmen und am Anteil einer Personengesellschaft, Diss. Tübingen 1964.

Groß: Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, DB 1950, 424.

Großkommentar der Praxis; Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. Berlin 1960 II Band, 2. Teil (Z it.: RGRK BGB).

Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Dritte Auflage, 2. Band, 1. Halbband, Bearbeiter: Fischer, Ulmer, Berlin New York 1973.
2. Band, 2. Halbband, Bearbeiter: Schilling, Berlin 1970.

Großkommentar zum Aktiengesetz 3. Aufl. 4. Band, Bearbeiter: Meyer Landrut, Berlin, New York 1975.

Grüthling, Edelgard: Die Haftung des stillen Gesellschafters, Diss. Rostock 1935.

Hachenburg, Max: Kommentar zur Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl. Berlin 1956.

Hackenbroch, Rüdiger: Die Verpfändung von Mitgliedschaftsrechten in OHG und KG an den Privatgläubiger des Gesellschafters, Köln 1970.

Hadding, Walther: Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personalgesellschaften - Ein subjektives Recht? In Festschrift für Rudolf Reinhardt, Köln - Marienburg 1972.

Hartmann, Peter: Die stille Gesellschaft, Rechtsgestaltung und wirtschaftliche Bedeutung, Freiburg i. Br. 1966.

Heins, V.: Betrachtungen zum Recht der OHG, NJW 1948, 252 ff.

Heinsheimer, Rudolf: Über die Teilhaberschaft; Beiträge zum inneren Recht der Personalgesellschaft, Heidelberg 1930.

Heymann-Kötter: Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, Berlin - New York 1971.

Hirsch, Ernst, E: Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. Berlin, Frankfurt 1970.

Hoeniger, Heinrich: Innengesellschaft und Innensyndikat, ZHR 84, 459 ff.

Holch, Georg: Testamentsvollstreckung an einer OHG - Beteiligung, DNotZ 1958, 282 ff.

Huber, Ulrich: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970.

ders. Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen, ZGR 1972, 395 ff.

Hueck, Alfred: Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl. Berlin 1971.

ders.: Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in Festschrift für R. Hübner, Jena 1935, S. 72 ff.

ders.: Gesellschaftsrecht, ein Studienbuch, 16. Aufl. München 1972.

ders.: Die stille Beteiligung bei Handelsgesellschaften, in Festschrift für Lehmann 1937, S. 239 ff.

ders.: Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR 83, 1 ff.

Hülsebusch, Otto: Die stille Gesellschaft und der Konkurs der Gesellschafter, Diss. Köln 1933.

Huffer, Henning: Das partiarische Geschäft als Rechtstypus (Zugleich eine Studie über die Grundlagen der Typuslehre) Diss. München 1970.

Jacusiel, M: Nutzungsrechte am Handelsgeschäft, Diss. Berlin 1906.

Janberg, Hans: Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, DB 1953, 77 ff.

Ihering: Der Zweck im Recht Bd. I 3. Aufl. Leipzig 1893.

Kaiser, Karl: Die Übertragung von OHG Anteilen, Diss. Würzburg 1956.

Kipp-Coing: Erbrecht, Ein Lehrbuch, 12. Bearbeitung, Tübingen 1965.

Klauss-Mittelbach: Die stille Gesellschaft, Zivilrecht, Steuerrecht, Ludwigshafen 1973.

Klunzinger, Eugen: Die Erbschaftssteuer, JuS 1971, 281 ff.

Koenigs, Folkmar: Die stille Gesellschaft, Berlin 1961.

Koumantos, Georgios: Erwerberhaftung bei Unternehmensveräußerung, Hamburg 1955.

Kreifels, Max: Nießbrauch am Anteil von Personengesellschaften, in Freundesgabe für Hans Hengeler. Berlin, Heidelberg, New-York 1972, S. 158 ff.

Krückmann, Paul: Einheit, Subjekt, Person, AcP 114,143 ff.

ders.: Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen Iherings Jahrb. 74, 69 ff.

Kruse, Wilhelm: Die Vererbung des Mitgliedschaftsrechts an der offenen Handelsgesellschaft im Falle der Nachfolgeklausel, in Festschr. für Franz Laufke, Würzburg 1971, S. 179 ff.

Kühnle, Horst: Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehn, Diss. Köln 1967.

Kuhlmann: Nießbrauch und Testamentsvollstreckung bei Beteiligungen an Personengesellschaften, Diss. Göttingen 1955.

Lang, Heinrich: Die Typen der stillen Gesellschaft und die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen auf sie, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.

Langmaak, H.D.: Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, Diss. Bonn 1960.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1969.

ders.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. München 1972.

ders.: Lehrbuch des Schuldrechts,
1. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1970.
2. Band, Besonderer Teil, 10. Aufl. München 1972.

Lehmann, Heinrich: Gesellschaftsrecht, neubearbeitet von Rolf Dietz, 3. Aufl. Berlin, Frankfurt 1970.

Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1966.

Liebisch, Arnold: Über die Rechtsstellung des Erben eines offenen Handelsgesellschafters, ZHR 116, 128 ff.

Lübbert, Erich: Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung, ZHR 58, 464 ff.

Markwardt, Manfred: Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse bei Personalhandelsgesellschaften, Diss. Marburg 1973.

Mentz, Alexander: Der Nießbrauch an OHG- und KG Mitgliedschaftsrechten, Diss. Frankfurt 1972.

Metzel, Charlotte: Die stille Beteiligung bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Jena 1935.

Möhring, Philipp: Geschäftsführungs- und Überwachungsausschüsse in Personengesellschaften, Juristen Jahrb. Bd. 7 (1966/67) S. 123 ff.

Molitor, Erich: Schuldrecht allgemeiner Teil, ein Studienbuch, 7. Aufl. 1963.

Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl. Tübingen 1928.

ders.: Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948.

Müller, Waltraut: Die Sicherungsübereignung von Anteilen an Personengesellschaften, Diss. Hamburg 1969.

Nitschke, Manfred: Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970.

Oldenburg, Werner: Fremdgeschäftsführung- und vertretung in Personengesellschaften, Göppingen 1973.

Otto, Heinz: Moderne Erscheinungsformen der stillen Beteiligung, BB 1948, 210 ff.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 36. Aufl. München 1977.

Paulick, Heinz: Handbuch der stillen Gesellschaft, 2. Aufl. Köln 1971.

Pförtner, Dietrich: Die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen bei Personengesellschaften, Diss. Göttingen 1951.

Pieper, Helmut: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln, Berlin 1963.

Plank: Kommentar zum BGB, herausgegeben von E. Strohal, II. Band, 4. Aufl. 1914.

Post, Manfred: Die stille Beteiligung am Unternehmen der Kapitalgesellschaft, Bielefeld 1975.

Reichert-Dannecker-Kühr: Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Berlin 1970.

Rasner: Henning: Die atypische stille Gesellschaft, ein Institut des Gesellschaftsrechts, Bielefeld 1969.

Rauch, Horst: Parteiwille und Nachfolge in die Personengesellschaft, DB 1969, 1277.

ders.: Die erbrechtliche Rechtsnachfolge eines Miterben in die Mitgliedschaft eines Personengesellschafters, DNotZ 1970, 78 ff.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB 2. Aufl. Berlin 1950, Band II, §§ 105 - 177 u. 355 - 342, Bearbeiter: Weipert.

Reinhardt, Rudolf: Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973.

ders.: Die Fortentwicklung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft in der neueren deutschen Lehre und Rechtsprechung, ZBernJV 103 (1967), 329 ff.

Reinicke, G. u. D.: Der Einfluß der Währungsreform auf die Rechte des stillen Gesellschafters, MDR 1949, 201 ff.

Renaud, Achilles: Das Recht der stillen Gesellschaft und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, Heidelberg 1885.

Richardi, Reinhard: Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, Berlin, Frankfurt 1961.

Ritter, Carl: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. München, Berlin 1932.

Rohlff, Reimer: Nießbrauchsvermächtnis oder Vor- und Nacherbschaft im Unternehmertestament, Diss. Göttingen 1968.

ders.: Die Verwendung des Nießbrauchs am Anteil einer Personenhandelsgesellschaft zu Ersparung von Schenkungs- und Erbschaftssteuer, NJW 71, 481.

Rokas, Nikolaus: Die Teilhaberschaft an der offenen Handelsgesellschaft und ihre Vererbung. Berlin 1965.

Rospatt: Zur Aufnahme eines neuen Mitglieds in eine Gesellschaft durch Vertragsschluß mit nur einem Vertreter und nachfolgende Genehmigung der übrigen, Zentr.bl.HR 1931, 169 ff.

Saenger, August: Die stille Gesellschaft, Mannheim, Berlin, Leipzig 1924.

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840 Bd. I.

Schafheutle, Josef: Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, Beiträge zur Erläuterung der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts mit einem Nachwort von Heinrich Hoeniger zur Struktur des Gesellschaftsbegriffs, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.

Schaps-Abraham: Das deutsche Seerecht, Kommentar und Materialsammlung, II. Band, Berlin 1962.

v. Schilling: Das Nießbrauchsrecht an einer Beteiligung, DB 1954, 561 ff.

Schlegelberger: Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. Berlin, Frankfurt 1963, 2. Buch: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft. 5. Aufl. München 1973, 1. Band §§ 1 - 47 a, 2. Band § 48 - 104.

Schlegelberger-Liesecke: Seehandelsrecht, Zugleich Ergänzungsband zu : Schlegelberger, Kommentar zum HGB, Berlin, Frankfurt 1959.

Schnabel, Rudolf: Die Möglichkeit des Personenwechsels im Recht der Personengesellschaften, Diss. Köln 1937.

Schneider-Martin: Familienunternehmen und Unternehmertestament, 4. Aufl. Heidelberg 1963.

Schulze-Osterloh; Joachim: Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, Berlin, New York 1973.

Schulze zur Wische, Dieter: Der Nießbrauch am Kommanditanteil, DB 1970, 171.

Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band II, Heidelberg 1965.

Sernetz, Herbert: Die Rechtsnachfolge in die Verbandsmitgliedschaft insbesondere beim Unternehmerwechsel, Bielefeld 1973.

Siber, Heinrich: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iher. Jahrb. 70, 223 ff.

Siebert, Wolfgang: Zur atypischen stillen Gesellschaft, NJW 1953, 806.

ders.: Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften, StbJB 1955/56, 299 ff.

ders.: Nießbrauch am Gewinnrecht des Gesellschafters einer OHG, BB 1956, 1126 ff.

Silberschmidt, W.: Die Teilhaberschaft, Zentralbl. f. HR. 1932, 108 ff.

Soergel-Siebert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3, SchuldR II. Bearbeiter: Schultze v. Lasaulx, 10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.

Sohm, Rudolph: Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Festschrift für Heinrich Degenkolb, Leipzig 1905.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl. Berlin, Leipzig 1926, 2. Band §§ 178 - 342, Bearbeiter: Pinner.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Berlin, Bd. I. 1957, Bd. II. 1958, Bd. III. 1963.

Steckhan, Hans-Werner: Die Innengesellschaft, Berlin 1966.

Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. 2. Band, Tübingen 1956.

Sudhoff, Heinrich: Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, München, Berlin 1967.

ders.: Gewinnanteil und Auseinandersetzungsquote des stillen Gesellschafters, NJW 1960, 2121 ff.

ders.: Beteiligung der Kinder am väterlichen Unternehmen, DB 1965, 1545 ff.

ders.: Die GmbH & Co. st. G. DB 1969, 2069 ff.

ders.: Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1971, 481 ff.

Teichmann, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970.

ders.: Der Übergang von Sozialansprüchen und Sozialverbindlichkeiten in der Personalgesellschaft, NJW 1966, 2336 ff.

ders.: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, gesellschaftsrechtlicher Teil ZGR 1972, 1 ff. Probleme der praktischen Gestaltung ZGR 1973, 24 ff.

Thiele, Wolfgang: Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln, Berlin, Bonn, München 1966.

v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. (Berlin 1910, 1914, 1918) unveränderter Nachdruck Berlin 1957.

Weber, Harald: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, Steuerliche Behandlung.
1. Teil Kapitalgesellschaften ZGR 72, 24 ff.
2. Teil Personengesellschaften ZGR 73, 45 ff.

Wendelstein: Die Unterbeteiligung als zweckmäßige Erbfolgeregelung, BB 1970, 735 ff.

Westermann, Harry: Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 5. Aufl. Karlsruhe 1969.

ders.: BGB - Allgemeiner Teil (Schwerpunkte Bd. I) 2. Aufl. Karlsruhe 1973.

ders.: in Handbuch der Personengesellschaften (Westermann, Scherpf, Paulick, Bulla, Hackbeil) Köln (Erg. Lief. Stand 1973)

Westermann, Harm Peter: Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin, Heidelberg, New York 1970.

Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handausgabe, 2. Aufl. Berlin 1966.

Wiedemann, Herbert: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München, Berlin 1965.

Wieland, Karl: Handelsrecht Band 1, München 1921 - 1931.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. bearbeitet von Theodor Kipp, Bd. I. Neudruck der Ausgabe Frankfurt 1906, Aalen Scientia 1963.

Wolany, Josef: Zum Inhaberwechsel bei einer stillen Gesellschaft, JZ 1962, 248 f.

Wolf, Ernst: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, Köln, Bonn, Berlin, München 1973.

ders.: Lehrbuch des Sachenrechts, Köln, Bonn, Berlin, München 1971.

Wolff-Raiser: Sachenrecht, ein Lehrbuch,
10. Bearbeitung, Tübingen 1957.
Würdinger, Hans: Gesellschaften, 1. Teil: Recht der
Personengesellschaften, Hamburg 1937.
Zinkeisen, Klaus: Der Umfang der Gewinnbeteiligung
und des Auseinandersetzungsguthabens des
stillen Gesellschafters.
Diss. Hamburg 1972.
Zitelmann, Ernst: Übertragbarkeit von Gesellschafts-
anteilen, Jher. Jahrb. 73, 185 ff.
Zöller: Zivilprozeßordnung, 11. Auflage, 1974.

E i n l e i t u n g :

Die Übertragung und dingliche Belastung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften ist bisher noch nicht monografisch untersucht worden. Einmal mag das daran liegen, daß man von der grundsätzlichen Unübertragbarkeit und Nichtbelastbarkeit der Mitgliedschaft insgesamt ausgeht [1] und damit eine Bearbeitung des Themas für unergiebig hält. Zum anderen fristet die stille Gesellschaft in der juristischen Literatur heute ein Schattendasein, das ihrer wirtschaftlichen Bedeutung auf keinen Fall gerecht wird. Das wiederum liegt daran, daß sie nach außen hin überhaupt nicht in Erscheinung tritt. Das Streben nach Anonymität in der stillen Gesellschaft ist wohl auch der Grund für die geringe Anzahl höchstrichterlicher Urteile in diesem Bereich. Es gibt keine statistischen Unterlagen, aus denen sich ihre wirtschaftliche Bedeutung ableiten ließe. Eine entsprechende Umfrage bei deutschen Wirtschaftsverbänden [2] blieb erfolglos. Dennoch wird heute für die Bundesrepublik vereinzelt die Auffassung vertreten, daß die stille Gesellschaft eine größere wirtschaftliche Bedeutung habe als die Kommanditgesellschaft [3].

1.) Koenigs aaO S. 244 Fußn.1; Klauss-Mittelbach aaO S. 93 RZ 197; Paulick aaO § 11 II 5.
2.) Bundesverband der deutschen Volksbanken u. Raiffeisenbanken; dtsch. Genossenschaftsverband; Bundesverband deutscher Banken; dtsch. Sparkassen u. Giroverband.
3.) Klauss-Mittelbach aaO S. 23 RZ 20.

Bei einer Auswertung von Beteiligungsangeboten und -gesuchen in überregionalen deutschen Zeitungen [1] konnte der Verfasser von Juni 1973 bis September 1974 feststellen, daß von tausend Beteiligungsangeboten 266 erkennbar solche für Beteiligungen an stillen Gesellschaften waren. Von 141 Beteiligungsgesuchen waren 22 erkennbar solche nach stillen Beteiligungen. Diese Ziffern können nur höher sein, da solche Angebote und Gesuche, aus denen nicht klar erkennbar war, daß eine Beteiligung an einer stillen Gesellschaft gemeint war (ca. 30 %), zu den übrigen Gesellschaftsformen gezählt wurden. Trotz der Ungenauigkeit, die in dieser Annoncenauswertung liegt, ist doch die erhebliche Bedeutung der stillen Gesellschaft im Wirtschaftsleben erkennbar.

Während bei der OHG und KG seit langem eine rege Diskussion in Bezug auf die Übertragbarkeit der Mitgliedschaften im Gange ist [2], fehlt dergleichen bei der stillen Gesellschaft. Abweichend von einer grundsätzlichen Unübertragbarkeit läßt man teilweise zwar die Mitgliedschaftsveräußerung mit Zustimmung aller Gesellschafter unter Hinweis auf die Lage bei den übrigen Personengesellschaften zu, [3] eine hinreichende dogmatische Begründung fehlt jedoch. Andererseits wird aber auch die Ansicht vertreten, daß die Lage bei der stillen Gesellschaft so verschieden zu den Personenhandelsgesellschaften sei, daß die Grundsätze der Übertragung von OHG- und KG-Anteilen bei der stillen Gesellschaft nicht gelten. [4]

1.) Frankfurter Allgemeine Zeitung und Handelsblatt.
2.) vgl.: Wiedemann aaO; Huber aaO S. 349 ff; Flume, Festschr. f. Larenz S. 769 ff; Hadding, Festschr. f. Reinhard S. 249 ff. s.u.S. 49 ff.
3.) Koenigs aaO S. 244 ff; Hartmann aaO S. 88; Paulick aaO § 11 II 5; Klauss-Mittelbach aaO S. 93, RZ 197.
4.) Huber aaO S. 153 ff. u. S. 387.

Über die Belastung der Mitgliedschaft eines Gesellschafters in der stillen Gesellschaft mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch fehlt bisher jegliche Erörterung. Daß sie jedoch in der Praxis vorkommt, zeigen die Untersuchungen von Mentz [1] und eine Entscheidung des Bundesfinanzhofes [2], die sich mit der steuerrechtlichen Beurteilung einer dem Erben testamentarisch auferlegten Nießbrauchslast an einer stillen Beteiligung auseinandersetzt.

1.) aaO S. 65
2.) BFH E 86, 191.

1. Praktische Anwendungsmöglichkeiten des Rechtsinstituts stille Gesellschaft.

Die Bedeutung der stillen Gesellschaft zeigt sich in der Vielzahl denkbarer Fälle, die unter die Regelung der §§ 335 ff HGB fallen können. Das Gesetz fordert lediglich, daß sich jemand durch eine Einlage in das Vermögen eines anderen an dessen Handelsgewerbe beteiligt und dafür einen Gewinnanspruch und Kontrollrechte erhält.

Zunächst ist an den grundsätzlichen Fall zu denken, der wohl auch dem Gesetzgeber vorschwebte, daß nämlich ein Einzelkaufmann [1] zur Verbesserung seiner Liquidität statt der Aufnahme eines Darlehns, für das die Bank ungünstige Konditionen hat oder Einblick in die Geschäftsinterna verlangt, lieber einen persönlichen Bekannten oder einen Branchenuninteressierten als stillen Partner aufnimmt. Daneben öffnet sich aber ein breites Spektrum der Anwendungsmöglichkeiten dieser Rechtsfigur.

So kann es beispielsweise für große Aktiengesellschaften oder GmbH's interessant sein, sich gegenseitig stille Beteiligungen einzuräumen, um die Geschäftsführung des anderen kontrollieren zu können (§ 338 HGB) oder bei einer Gesellschaft die anfallende Körperschaftssteuer gering zu halten, denn die Gewinnanteile der stillen Beteiligung mindern den körperschaftssteuerpflichtigen Gewinn bei der Gesellschaft, an der die stille Beteiligung bestellt wird. [2]

1.) sogar ein Minderkaufmann, denn auch er betreibt ein Handelsgewerbe.

2.) vgl.: Paulick aaO S. 350, Böttcher-Zartmann aaO S. 162; Sudhoff DB 69, 2069; Fasold GmbH Rdsch 70, 156 f; Otto BB 48, 212.

Da die stille Beteiligung nach außen nicht bekanntgegeben werden muß, ist sie besonders in den Fällen geeignet, in denen der Stille, aus welchen Gründen auch immer, anonym bleiben will.

Zunehmende Bedeutung dürfte die Rechtsfigur der stillen Gesellschaft auch seit der Kartellrechtsnovelle vom 5. 8. 1973 für marktbeherrschende Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der Konzentrationskontrolle gewonnen haben. Die Einräumung einer stillen Beteiligung fällt nämlich nicht unter die Legaldefinition eines Zusammenschlusses gem. § 23 II GWB, die sie grundsätzlich nicht die Möglichkeit der Beherrschung (§ 23 II Ziff. 5 GWB) eröffnet. Wo aber kein Zusammenschluß iSd GWB vorliegt, dort greift auch keine Zusammenschlußkontrolle (§ 24 GWB) ein. Die stille Beteiligung kann daher als eine Form von legalen Zusammenschlußtatbeständen Bedeutung erlangen.

Doch auch für die sogenannten mittelständischen Unternehmen, die meist in den Rechtsformen der Personenhandelsgesellschaften und der GmbH auftreten, hat die stille Beteiligung eine wesentliche Bedeutung. So kann es bei den Personenhandelsgesellschaften erwünscht sein, daß ein Gesellschafter nicht an dem Gesamthandsvermögen teilhaben soll und ihm auch sonst weniger Mitwirkungsbefugnisse zustehen sollen. Er kann stiller Gesellschafter werden, indem er seine Einlage in das Vermögen der OHG oder KG einbringt.

Schließlich ist eine stille Gesellschaft denkbar, die Parallelen zur GmbH & Co.KG aufweist, in der also mehrere stille Gesellschafter ihre Einlage in das Vermögen einer GmbH einbringen.[1] Für die Beteiligungen könnten Anteilscheine in Form von Beweisurkunden ausgegeben werden. Der Kapitalmarkt wäre um eine weitere Variante der Beteiligungsmöglichkeiten bereichert. Dies sogar auf eine unkomplizierte Weise, denn eine Eintragung der jeweiligen stillen Gesellschafter im Handelsregister ist im Gegensatz zur GmbH & Co. KG (§ 162 HGB) nicht erforderlich.[2] Dadurch ist gleichzeitig ein größeres Maß an Anonymität möglich.

Diese Konstruktion hat daneben noch eine Menge anderer Vorteile gegenüber der GmbH & Co. KG. Zum Beispiel hat ein Ausschluß der Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters gem. § 336 II HGB zur Folge, daß keine Verlustanrechnung auf die Einlage erfolgt. Dagegen haftet der Kommanditist stets mit seiner Einlage. Eine unmittelbare Inanspruchnahme der stillen Gesellschafter durch Gläubiger wäre ohnehin ausgeschlossen [3]. Andererseits haben die stillen Gesellschafter im Konkurs der GmbH die Stellung von Konkursgläubigern (§ 341 HGB). Schließlich ist von wesentlicher Bedeutung, daß bei der GmbH die Besteuerung der Gewinne durch die Körperschaftssteuer hier eingeschränkt ist, da die Gewinnanteile der stillen Gesellschafter auch hier als Betriebsausgaben den körperschaftssteuerpflichtigen Gewinn der GmbH mindern. [4]

1.) Post aaO S. 19 ff.
2.) Hartmann aaO S. 74; Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. 74; Sudhoff DB 69, 2069 ff.
3.) Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. 73; RG in HRR 1933 Nr. 1447.
4.) S.o.S. 4 Fußn. 2

So vorteilhaft im wirtschaftlichen Sinne diese Beteiligungsart auch wäre, ihr kann in der Praxis nur dann eine Bedeutung zukommen, wenn sich wirklich eine Vielzahl von stillen Gesellschaftern an einer GmbH beteiligen kann und diese Beteiligungen dann auch möglichst einfach zu übertragen und belasten sind.

a) Möglichkeiten der Aufnahme mehrerer stiller Gesellschafter.

Nach der Regelung der §§ 335 ff. HGB scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, daß sich immer nur ein stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe des jeweiligen Geschäftsinhabers beteiligt, eine stille Gesellschaft also nur zwei Personen hat. Bei mehreren stillen Gesellschaftern entstünden dann entsprechend viele separate stille Gesellschaften mit immer dem gleichen Geschäftsinhaber [1]. Diese Konstruktion hat im Hinblick auf die Übertragung der Mitgliedschaft den Vorteil, daß im Falle eines Zustimmungserfordernisses [2] nur der Geschäftsinhaber und nicht eine Vielzahl von stillen Gesellschaftern zustimmen müßte.

Dennoch kann es dem Willen der Beteiligten entsprechen, daß die stillen Gesellschafter zueinander in Beziehungen rechtlicher Art treten sollen, etwa um ihre Interessen gegenüber dem Geschäftsinhaber besser durchsetzen zu können oder um eine Einheitlichkeit der Willensbildung zu erreichen. Es bieten sich dann mehrere Möglichkeiten an:

1.) so: Schlegelberger - Geßler § 335 Anm. 5; Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm.71; Paulick § 5 II 3 S. 59; Baumbach-Duden § 335 Anm. 2 C; Heymann-Kötter § 335 Anm. 4.
2.) S. u. S. 78 ff.

Einmal können die stillen Gesellschafter eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen, die dann entweder ihrerseits stiller Gesellschafter wird [1] oder zumindest im Innenverhältnis ein bestimmtes Maß an Organisation zwischen den Stillen schafft; z.B. in Form einer Gewinnpoolung[2].

Daneben besteht die Möglichkeit, daß ein Treuhänder stiller Gesellschafter wird und als solcher die Anteile seiner Treugeber verwaltet (sog. vereinfachende Verwaltungstreuhand). [3]

Bei diesen Formen handelt es sich jeweils um zweigliedrige stille Gesellschaften. Ein zwingendes Verbot von mehrgliedrigen stillen Gesellschaftern ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung nicht. Da es sich hier lediglich um die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen den Gesellschaftern handelt und damit keine Interessen Dritter berührt werden, ist der Rahmen der Vertragsfreiheit sehr weit. Eine stille Gesellschaft mit einer Mehrheit von stillen Gesellschaftern ist deshalb als zulässig anzusehen, wenn die gesetzlichen Grundvoraussetzungen einer stillen Gesellschaft, wie etwa die Einbringung einer Einlage in das Vermögen eines anderen bei gleichzeitiger Gewinnbeteiligung, erfüllt sind.[4]

---

1. Da der stille Gesellschafter nicht Kaufmann sein muß und nicht ins HR eingetr. wird, kann auch eine GbR stiller Gesellschafter sein. Vgl.: Schilling Großk. z. HGB § 335 Anm. 31; Paulick aaO.S. 57 c); Schl.-Geßler § 335 Anm. 4.

(Fortsetzung, Seite 9)

b). Die atypische stille Gesellschaft.

Es sei hier noch auf die Möglichkeit der sogenannten atypischen stillen Gesellschaft [1] hingewiesen, die mit allen oben aufgeführten Erscheinungsformen der stillen Gesellschaft variiert werden kann. Hier werden Geschäftsführungsbefugnisse, Kontrollrechte und Mitspracherechte sowie die Aufteilung von Gewinn " atypisch " zugunsten des stillen Gesellschafters geregelt. Dieser kann faktisch die beherrschende Stellung innehaben. In den Grenzen, die durch Verbote der Sittenwidrigkeit, Ausbeutung und Knebelung gezogen sind, wird auch die atypische stille Gesellschaft heute allgemein als zulässig anerkannt.[2] Dabei kann aber der stille Gesellschafter immer nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Geschäftsinhaber haben, niemals aber dingliche Ansprüche an einem Gesellschaftsvermögen, denn ein solches gibt es nach der Regelung des § 335 HGB nicht.

Einkommenssteuerlich wird die atypische stille Gesellschaft anders als die typische stille Gesellschaft [3] wie eine OHG oder KG (Mitinhaberschaft) behandelt.[4]

Fortsetzung S. 8.: ... 2) Hueck Festschr.f.Lehmann 1937 S. 241; Paulick aaO S. 60; Sudhoff DB 69, 2070; Schl. Geßler § 335 Anm. 5.
3). Beuthin ZGR 74, 32 ff; Markwardt aaO S. 3 ff; S.u.S. 197.
4) vgl.: Hueck ZHR 83,32 f; ders. in Festschr. f. Lehmann 1937 S. 241 f; ders.GR S. 105; Koenigs aaOS.228; Paulick aaO S. 59 f; Baumbach-Duden § 335 Anm. 2 C; Hartmann aaO S.96; BGH WM 58, 1336; BGH NJW 72, 338; Blaurock NJW 72, 1119 f; Wenn im folgenden von einer mehrgliedrigen stillen Gesellschaft die Rede sein wird, so ist damit regelmäßig diese letzte Form gemeint. Ist das nicht der Fall, so wird gesondert darauf hingewiesen.
1). vgl. Aulinger und Rasner aaO.

(Fortsetzung Seite 10)

2. Die praktische Bedeutung der Verkehrsfähigkeit von Beteiligungen in stillen Gesellschaften.

Es liegt auf der Hand, daß bei den oben genannten Vertragsgestaltungen die Übertragbarkeit von Beteiligungen eine ähnliche Relevanz besitzt wie bei Kapitalgesellschaften, denn überall dort, wo sich mehrere Personen zu einer Gemeinschaft zusammenfinden, kann es vorkommen, daß einer ausscheiden oder seine Stellung auf einen anderen übertragen will. Deshalb ist die Regelung des Übergangs dieser Rechtspositionen auf Dritte ohne gleichzeitige Auflösung der ganzen Gemeinschaft von großer Bedeutung.

Die Belastungen einer stillen Beteiligung etwa zur Kreditsicherung wird wie bei den Kapitalgesellschaften erwünscht und erforderlich sein, denn die Beteiligung des stillen Gesellschafters kann u.U. der einzige Vermögenswert sein, der als Sicherungsmittel benutzt werden könnte.

Die Belastung einer stillen Beteiligung mit einem Nießbrauch kann zum Zwecke der vorweggenommenen Erbfolge nach dem Gesellschafter nützlich sein. Der Erblasser kann dem zukünftigen Erben die Beteiligung schenken und sich den Nießbrauch vorbehalten (sog. Vorbehaltsnießbrauch)[1] oder er kann seinem Ehegatten nach seinem Tode die Nutzungen der Beteiligung zukommen lassen, während etwa der Sohn die Beteiligung selbst erbt (sog. Versorgungsnießbrauch)[1].

Fortsetzung S. 9.: 2). Rasner aaO S. 17,47,11; Aulinger S. 16, 27; Schl.-Geßler § 335 Anm. 20a; Paulick S. 984; Koenigs S. 47 ff.
3). vgl. § 20 I Ziff. 2 EstG.
4). § 15 I Ziff.2 EstG; Rasner aaO S. 83 ff; Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. 17.

1). Mentz aaO S. 37 ff..

Wenn diese Erbfolgeregelungen auch seit der jüngsten Erbschaftssteuerreform [1] keine wesentlichen steuerlichen Vor-teile mehr gegenüber anderen Konstruktionen bringen, so sind doch die praktischen Vorzüge etwa der Einarbeitung des Erben bei gleichzeitiger Kontrolle und Nutznießung durch den Erblasser nicht von der Hand zu weisen.

Im übrigen dient die Nießbrauchsbestellung wie die Verpfändung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften auch dazu, Vollstreckungsmaßnahmen durch die Einräumung des Belastungsrechts abzuwehren [2]. Insgesamt muß daher der Übertragung und Belastung besonders von stillen Beteiligungen eine erhebliche Bedeutung im heutigen Wirtschaftsleben zugesprochen werden, die eine juristische Untersuchung der Problematik rechtfertigt.

Zur Darstellung des Problems ist es erforderlich, zunächst kurz auf die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft als Grundlage der Mitgliedschaft einzugehen. Darauf aufbauend kann dann eine Definition der Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft versucht werden, die wiederum Aufschluß für die Übertragung und Belastung geben soll.

---

1). vom 17. 4. 1974; Wegfall des alten I 2 III ErbstG, wonach der Anfall der von der geschenkten Beteiligung ursprünglich abzuziehenden Nutznießung auf den Beschenkten beim Tode des Nießbrauchers nicht mehr als Erwerb von Todes wegen galt. vgl. Klunzinger JuS 71, 283; Weber ZGR 72, 25.

2). vgl.: Hackenbroch aaO S. 130, § 805 ZPO.

Teil 1

Die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft.

I.: Die typische stille Gesellschaft als " Gesellschaft ".

Es hat in der Literatur einige Versuche gegeben, die stille Gesellschaft lediglich als ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis [1] oder gar als einen partiarischen Vertrag zu qualifizieren.[2] Dies mit den unterschiedlichsten Begründungen wie z.B.: zu lockere Organisation[3], keine Geschäftsführungsbefugnis des stillen Gesellschafters, [4] die stille Gesellschaft sei nur auf zwei Personen beschränkt,[5] Typus eines reinen Beteiligungsschuldverhältnisses,[6] mangelnde personenrechtliche Bindung,[7] kein gemeinsamer Zweck[8] und Möglichkeit des Ausschlusses der Verlustbeteiligung.[9] [10]

---

1). Lang aaO S. 53 ff; Schulze Osterloh aaO S. 37, jedoch nur bei Ausschluß der Verlustbeteiligung.
2). Lübbert ZHR 58, 464 ff (502f, 511); Grützling aaO S. 20 ff; insbes. Huffer aaO S. 74.
3). Lang aaO S. 5 und 24 ff.
4). Lang aaO S. 46 ff.
5). Lübbert ZHR 58, 464 ff.
6). Huffer aaO. S. 73 ff.
7). Hoeniger ZHR 84, 466.
8). Grüthling aaO S. 15 ff.
9). Schulze Osterloh aaO S. 36 f.
10). vgl. insgesamt die ausführlichen Darstellungen bei Huffer S. 70 ff, Schulze Osterloh aaO S. 36 f und Rasner aaO S. 29 ff.

Die weitaus herrschende Lehre [1] sieht jedoch die stille Gesellschaft als eine echte Gesellschaft iSd bürgerlichen Rechts an. Das wird damit begründet, daß das HGB die stille Gesellschaft eben als Gesellschaft bezeichnet. Außerdem geht der Wille des Gesetzgebers [2] dahin, in der stillen Beteiligung eine Gesellschaftsform zu sehen. Im übrigen sollen die Verweisungen in § 339 HGB auf OHG- und BGB-Gesellschaftsrecht ein Indiz für die Qualifikation als Gesellschaft sein.

Der Versuch, die stille Gesellschaft in eine rechtliche Gattung einzureihen, muß zunächst vom Gesetzeswortlaut, also der Bezeichnung als Gesellschaft ausgehen. Sie ist dann wirklich eine Gesellschaft im weiteren Sinne, wenn die in der Einleitung erwähnten tatsächlichen Erscheinungsformen unter den Begriff Gesellschaft zu subsumieren sind. Auf die Bezeichnung des jeweiligen Vertrages durch die Parteien kommt es dabei nicht an.[3] Es ist auch unerheblich, ob sie sich bewußt waren, eine Gesellschaft zu gründen.[4] Es können daher nur äußerlich erkennbare Merkmale für die Einordnung maßgeblich sein.

---

1). Ermann-Schulze Wenk § 705 Vorbem. 2c; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 335 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 2; Palandt - Thomas § 705 Anm.9; Ritter § 335 Anm. 3; Staub-Pinner § 335 Anm.1; RGRK HGB Weipert § 335 Anm. 4; Aulinger aaO S. 15; J.v. Gierke S. 160 f; Hueck GesR S. 96 u. NJW 53, 138; Koenigs aaO S. 20 ff; Müller Erzbach, Mitgliedschaft aaO S. 356; Paulick aaO S. 32 f; Rasner aaO S. 29 f; Renaud aaO S. 70 f; Saenger aaO S. 31 ff; Heymann-Kötter § 335 Anm. 4; Kühnle aaO S. 170; Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. 4.

2). vgl.: Materialien z. HGB S. 342 f.

3). BGH LM Nr. 1 zu § 335 HGB.

4). BGH Z 31, 198 (201).

1. Die Wesensmerkmale der Gesellschaft im weiteren Sinne.

Um feststellen zu können, ob die stille Gesellschaft eine Gesellschaft ist, sind zunächst die notwendigen Wesensmerkmale der Gesellschaft überhaupt festzustellen.

a) Der gemeinsame Zweck.

Als hauptsächliches Unterscheidungsmerkmal zwischen schuldrechtlichen Austauschverhältnissen und Gesellschaften wird gem. § 705 BGB der Zweck des Schuldverhältnisses angesehen.[1] Während bei Austauschverhältnissen jeder Vertragspartner seinen eigenen Zweck verfolgt, liegt den Gesellschaften die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks zugrunde. Die Übergänge zwischen beiden Gruppen sind im Laufe der Rechtsentwicklung fließend geworden, da es Rechtsverhältnisse gibt, in denen sowohl Elemente des Austauschvertrages als auch der Gesellschaft enthalten sind.[2] Diese Randerscheinungen können aber nur dann noch zu den Gesellschaften gezählt werden, wenn das notwendige Merkmal des gemeinsamen Zwecks überhaupt vorhanden ist.[3] Worin im Einzelfall der gemeinsame Zweck zu sehen ist, bleibt zu untersuchen. Dabei ist allein auf das Innenverhältnis zwischen den Parteien abzustellen, da die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks nach außen keine unmittelbare Wirkung entfaltet. Dazu wäre erst das Tätigwerden von Gesellschaftern oder Geschäftsführern erforderlich.

---

1). Fischer in Großk. z. HGB § 105 Anm. 9; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 4; Hueck OHG § 1 I 1b S. 3 ff; Soergel, Schultze - v. Lasaulx § 705 Anm. 22, 23.
2). Schulze Osterloh aaO S. 1.
3). Schulze Osterloh aaO S. 2.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß auch in einer Gesellschaft jedes Mitglied zunächst sein eigenes Interesse verfolgt.[1] Ein gemeinsamer Zweck kann jedoch dann vorliegen, wenn sich einzelne Personen in rechtlich erheblicher Weise so zusammentun, daß sie ihre persönlichen Interessen, dievoneinander verschiedenartig sein können, durch Festsetzung eines gemeinsam zu erstrebenden Zieles zu verwirklichen trachten.[2]

In der Regel soll der gemeinsame Zweck allen Gesellschaftern einen Vorteil gleich welcher Art bringen.[3] Er läßt sich daher als das von den Vertragsparteien erstrebte Ergebnis ansehen, an dem alle irgendwie beteiligt sein sollen und das alle gemeinsam zu erzielen suchen. Dieses Ergebnis kann sehr verschiedenartig sein. Seine Festlegung ist im Einzelfall der vertraglichen Vereinbarung der Gesellschafter unterworfen. Oft wird es die Gewinnerzielung sein. Es können aber auch andere wirtschaftliche Ziele, wie etwa die Teilnahme am Verlust,[4] die Marktbeeinflussung, die Steuerersparnis,[5] die Produktwerbung [6] oder die Verwaltung von Unternehmensbeteiligungen erstrebtes Ziel sein.

Sogar die Vereinbarung zur Erreichung von Zielen ohne wirtschaftliche Bedeutung wie etwa die Förderung eines Künstlers ist als Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks anzusehen. [7]

---

1). vgl. Ihering, Der Zweck im Recht, S. 209 u.S. 212; Schulze-Osterloh aaO S. 4 ff; Kühnle aaO S. 61 ff.
2). Kühnle aaO S. 61 F; Schulze Osterloh aaO S. 4 ff; Ballerstedt JuS 63, 254 f.
3). HGB RGRK Weipert § 105 Anm. 9.
4). z.B. bei den sog. Abschreibungsgesellschaften, die absichtl. Verluste produzieren, damit die Mitglieder diese in ihrer eigenen Steuererkl. abschreiben können.
5). S. o. S. 3 ff.
6). H. Westermann Jdb. Rdnr. 28.
7). Soergel, Schultze v. Lasaulx § 705 Rdnr. 24.

Das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks als von den Vertragsparteien zu erstrebendes Ziel ist also entscheidendes Merkmal für die juristische Abgrenzung der Gesellschaft von den Austauschverhältnissen. In der Praxis werden hier aber die Probleme erst anfangen, denn es wird nicht immer klar erkennbar sein, ob die Parteien einen gemeinsamen Zweck erstreben oder ob sie Leistungen austauschen wollen. Hier wird man auf zusätzliche Kriterien, wie z.B. die Ausgestaltung von Kontrollrechten oder das der Person des anderen entgegengebrachte Vertrauen zurückgreifen müssen. Dies jedoch nur insoweit, als diese Zusatzkriterien geeignet sind, Aufschluß über den wahren Parteiwillen zu geben.

b). Die Beitragspflicht.

Die Tatsache, daß ein gemeinsamer Zweck vorhanden ist, reicht allein für die Annahme einer Gesellschaft nicht aus. Nach § 705 BGB müssen sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Soll ein Gesellschafter keinen Beitrag leisten, so liegt keine Gesellschaft vor.[1] Deshalb müssen bei einer Gesellschaft neben der Vereinbarung des gemeinsamen Zwecks auch Absprachen über die Art und Weise der Zweckförderung und der Beitragsleistungen getroffen werden.[2] Die dadurch geschaffene Organisation unter den Gesellschaftern verbindet sie auch noch nach Leistung der einzelnen Beiträge.

---

1). BGH NJW 51, 308; Staudinger Brändl § 705 Anm.3; Fischer Großk. z. HGB § 105 Anm. 17; Schlegelberger, Geßler § 105 Anm. 4 u. 5.

2). Schlegelberger, Geßler § 105 Anm. 5; Schulze Osterloh aaO S. 14.

Die Gesellschaft setzt daher eine wenn auch nur lose Gemeinschaftsorganisation zwischen den Beteiligten voraus, die den Gesellschaftswillen verkörpert und jedem Beteiligten bestimmte Einwirkungs- und Kontrollrechte gibt. [1] Das Schuldverhältnis ist gemeinschaftsbezogen.

Damit ist neben der Zweckverfolgung auch die Zweckförderungspflicht innerhalb der Mindestorganisation als Mittel zur Zweckerreichung notwendiges Wesensmerkmal der Gesellschaft.

c). Mittel der Zweckförderung im einzelnen.

Genauso wie die einzelnen Gesellschaftszwecke verschiedenartig sein können, so sind auch viele unzählige Mittel zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks denkbar. Das Gesetz schreibt in § 705 BGB nicht vor, durch welche Mittel der Zweck erreicht werden soll, sondern nur, daß die Gesellschafter im einzelnen zu vereinbarende Beiträge zu leisten haben.[2] Eine Aufzählung der Beiträge kann also nicht vollständig sein.

In der Regel wird der Gesellschafter seiner Zweckförderungspflicht durch Erbringung einer Einlage gerecht. Es ist aber auch denkbar, daß er sein Handelsgeschäft einbringt oder nur seinen Namen oder seine Beziehungen im Geschäftsleben der Gesellschaft zur Verfügung stellt.

---

1). BGH NJW 51, 308; H. Westermann Hdb. RZ 11; Koenigs aaO S. 21; Paulick aaO. S. 43; H.P. Westermann A. 139; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 705 Anm. 7.
2). Fischer Großk. z. HGB § 105 Anm. 17.

aa) Die Verlustbeteiligung.

Vereinzelt sieht man als wesentliches Kriterium für die rechtliche Einordnung eines tatsächlichen Zusammenschlusses die Verlustbeteiligung der Mitglieder an, die Bestandteil des gemeinsam zu fördernden Zwecks sein soll.[1] Das wird damit begründet, daß nur das Merkmal der Verlustbeteiligung die Gesellschaften von partiarischen Rechtsverhältnissen unterscheide. Mit dem Gewinnstreben sei notwendig das Verlustrisiko verbunden.

Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Die Verlustbeteiligung ist eines von vielen möglichen Mitteln zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks. Sie ist aber nicht Wesensmerkmal des Gesellschaftsbegriffs[2] bzw. Bestandteil des gemeinsamen Zwecks. In der Regel setzen sich die Gesellschafter nicht zum Ziel, Verluste zu erwirtschaften. Nur dann, wenn etwa aus steuerlichen Gründen der Verlust gemeinsam erstrebt ist,[3] kann er auch gemeinsamer Zweck sein. Grundsätzlich kann es daher in das Belieben der Gesellschafter gestellt werden, wie der Verlust verteilt werden soll. Der Ausschluß eines Gesellschafters von der Verlustbeteiligung kann aber die Gesellschaft als solche nicht untergehen lassen.

---

1). Schulze Osterloh aaO S. 25 ff. insbes. S. 31.
2). vgl.: Reinhardt GesR Rdnr 292.
3). vgl.: S. 15 Fußn. 4).

bb). Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis.

Als entscheidendes Merkmal der Gesellschaft wird von einigen Autoren [1] neben der Förderung des gemeinsamen Zwecks ein personenrechtliches Element für erforderlich gehalten. Die Gesellschaft wird als " personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis " angesehen. Dieser Gedanke geht zurück auf Otto v. Gierke [2], der in der Gesellschaft eine von den Sondersphären der einzelnen Gesellschafter zu unterscheidende Gemeinsphäre sieht, in der auch ein durch Verschmelzung der Willensgebiete geeinigter Gemeinwille herrsche.[3] Es liege ein die Persönlichkeit als solche ergreifendes Rechtsverhältnis vor.

Es besteht jedoch wenig Klarheit darüber, was ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis überhaupt sein soll [4]. Deshalb ist es herrschende Ansicht [5], daß ein solches Element kein notwendiges Wesensmerkmal der Gesellschaft sein kann, sondern daß diese sich in der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks erschöpfen kann.

---

1). Larenz SchuldR BT Ic; Schafheutle aaO S. 30 ff; Hoeniger ZHR 84, 463 ff u. Nachw. z. Schafheutle; Lang S. 5.
2). Deutsches Privatrecht I S. 660 ff.;
3). Nach Larenz SchR BT S. 292 ist z. Erledigung d. gemeins. Angelegenheit eine gemeinschaftl. Sphäre erforderlich.
4). Hueck OHG § 6 II 2; Flume ZHR 136, 190 ; Fischer in Großk. z.HGB § 105 Anm. 31; F. Wolf AT S. 199 hält die Verknüpfung von Personenrecht und Gemeinschaftsrecht für verfehlt. Es sei zwar jedes für sich, aber nicht beides zusammen verbunden denkbar.
5). Rasner aaO S. 39; Schilling Großk.z. HGB § 335 Anm. 4; Düringer-Hachenburg - Flechtheim § 335 Anm. 2; Kühnle aaO S. 46 ff; Heymann -Kötter § 335 Anm. 2; Koenigs aaO S. 21; H.P. Westermann aaO S. 139.

Dazu gehört zwar dann die bereits oben [1] erwähnte Mindestorganisation zur Absprache über die Zweckförderung und Zweckerreichung. Dieses Merkmal hat aber mit dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis im Sinne eines die Persönlichkeit der Gesellschafter ergreifenden Rechtsverhältnisses nichts zu tun. Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis kann daher ebenfalls nur ein mögliches Mittel zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks sein.

2. Vorhandensein von Merkmalen der Gesellschaft im weiteren Sinn bei der stillen Gesellschaft.

Die stille Gesellschaft ist dann tatsächlich eine Gesellschaft, wenn die notwendigen Merkmale einer Gesellschaft auch bei ihr vorliegen.

a). Der gemeinsame Zweck.

Gemäß § 335 HGB beteiligt sich der stille Gesellschafter mit einer Vermögenseinlage an dem Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers. Die Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters darf gem. § 336 Abs. 2,2.Halbs. HGB nicht ausgeschlossen werden. Da aber auch ein Handelsgewerbe stets auf Gewinnerzielung gerichtet ist, bedeutet das, daß die Gewinnerzielung stets gemeinsamer Zweck der stillen Gesellschaft ist. Natürlich können noch andere Zwecke vereinbart werden. Jedoch muß dazu stets die Teilnahme aller Gesellschafter an dem jeweils durch die Zweckverfolgung erzielten Ergebnis gewährleistet sein [2].

---

1). Seite 17

2). Schulze Osterloh aaO S. 24 f; Wieland aaO S. 463 bei N 32, S. 548 bei N 1; Staub - Pinner § 105 Anm. 4; HGB RGRK Weipert § 105 Anm. 9; Schilling in Großk.z. HGB § 335 Anm. 8; Crome aaO S. 22; Metzel aaO S.17; H.P. Westermann aaO S. 319.

Deshalb ist es nicht richtig, den gemeinsamen Zweck bei der stillen Gesellschaft im Abschluß von Handelsgeschäften durch den Geschäftsherrn zu sehen [1]. Das Betreiben des Handelsgeschäfts ist der Beitrag, den der Geschäftsinhaber zur Zweckförderung zu leisten verspricht. Demgegenüber steht als Beitrag des stillen Gesellschafters die Leistung der Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers. Dabei ist auch stets die Absprache über die Art und Weise der Zweckverfolgung, also die erforderliche Mindestorganisation, erkennbar. Die Parteien müssen nämlich vereinbaren, welcher Art die Handelsgeschäfte sein sollen, wie der Gewinn erzielt werden soll und in welcher Höhe der stille Gesellschafter daran beteiligt sein soll. Die stille Gesellschaft ist damit auch gemeinschaftbezogen. Damit erfüllt die typische stille Gesellschaft alle notwendigen Voraussetzungen einer Gesellschaft im weiteren Sinne. Aber auch die atypische und die mehrgliedrige stille Gesellschaft erfüllen diese Voraussetzungen, dabei ihnen die Merkmale der Gewinnbeteiligung und der Erbringung von Beiträgen ebenfalls vorhanden sind [2].

Alle übrigen aufgeführten Merkmale, die mögliche Mittel zur Zweckerreichung sein können, sind bei der stillen Gesellschaft nur teilweise vorhanden. So kann die Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters gemäß § 336 Abs. 2 HGB ausgeschlossen werden. Weder dadurch noch durch das wohl regelmäßige Fehlen eines sogenannten personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses wird aber der stillen Gesellschaft ihre Qualifikation als Gesellschaft genommen.

---

1). Paulick aaO S. 42; Kühnle aaO S. 63; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 335 Anm. 2

2). S. o. S. 6 u. 7.

3. Personengesellschaft - Kapitalgesellschaft.

Nach der Feststellung, daß es sich bei der stillen Gesellschaft um eine Gesellschaft im weiteren Sinne handelt, ist eine genauere Eingruppierung erforderlich. Der Begriff der Gesellschaft i.w.S. umfaßt alle privatrechtlichen Zusammenschlüsse, bei denen sich die Vertragspartner verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch Erbringung von Beiträgen zu fördern [1]. Innerhalb dieses Begriffs wird herkömmlich zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden. Zwar spricht das Gesetz diese Unterscheidung nicht aus, es setzt sie aber voraus.[2]

a). Unterscheidungsmerkmale.

Zur Unterscheidung zwischen beiden Gesellschaftsarten lassen sich sowohl formelle, als auch materielle Abgrenzungsmerkmale finden. [3]

Formell unterscheiden sich beide Arten dadurch, daß die Personengesellschaften im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften zumeist keine eigene Rechtspersönlichkeit haben. Bei ihnen fehlt auch eine körperschaftliche Verfassung, durch die die Gesellschaft sowohl nach innen, wie nach außen zu einem selbständigen Gebilde ausgestaltet wird. Die Kapitalgesellschaft gehört deshalb zu den Körperschaften.

Das wesentliche materielle Unterscheidungsmerkmal ist die Personenbezogenheit im Gegensatz zur Kapitalbezogenheit.

---

1). H. Westermann Hdb. RZ 12.
2). Hueck GesR § 1 IV; H. Westermann Hdb.RZ 16.
3). Hueck GesR § 1 IV; H. Westermann Hdb. RZ 16.

Bei der Personengesellschaft ist die Mitgliedschaft auf die Person des einzelnen Gesellschafters zugeschnitten. Jeder Gesellschafter ist am Abschluß des Gesellschaftsvertrages beteiligt. Seine Mitarbeit in der Gesellschaft ist in der Regel von Bedeutung. Die Mitgliedschaft ist nicht frei übertragbar. Die Geschäfte werden von den Gesellschaftern geführt (Selbstorganschaft). Zumindest teilweise haften die Gesellschafter auch persönlich.

Dagegen steht bei den Kapitalgesellschaften die Kapitalbeteiligung im Vordergrund. Kein Gesellschafter haftet persönlich. Als Ausgleich dafür wird ein Grundkapital der Gesellschaft gebildet. Die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters ist in der Regel unbedeutend. Die Beteiligung ist frei übertragbar. Ein Kündigungsrecht ist bei der Kapitalgesellschaft in der Regel nicht vorgesehen. Die Mitarbeit der Gesellschafter ist regelmäßig nicht erforderlich, sondern es handeln besondere Organe (Drittorganschaft).

b). Einordnung der stillen Gesellschaft.

Die stille Gesellschaft, so wie sie vom Gesetzgeber ausgestaltet ist, hat als Innengesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit und erst recht keine körperschaftliche Verfassung. Sie tritt nicht als Einheit auf. Für den Rechtsverkehr ersichtlich betreibt nur der Geschäftsinhaber ein eigenes Geschäft.

Größere Schwierigkeiten bereitet die Eingruppierung nach materiellen Gesichtspunkten. Der stille Gesellschafter erbringt eine Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers. Das deutet auf Kapitalbezogenheit hin.

Allerdings wird kein Grundkapital gebildet. Die Person des stillen Gesellschafters ist für die Führung der Geschäfte von untergeordneter Bedeutung. Seine Mitarbeit ist in der typischen stillen Gesellschaft nicht erforderlich.

Dagegen ist die Person des Geschäftsinhabers und sein Einsatz im Handelsgeschäft von erheblicher Bedeutung. Er wird gem. § 335 Abs. 2 HGB aus den geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. Die stille Gesellschaft ist auf seine Tätigkeit im Handelsgeschäft ausgerichtet.

Der stille Gesellschafter erhält als Gegengewicht zu den Befugnissen des Geschäftsinhabers Informations- und Kontrollrechte (§ 338 HGB). Er kann am Gesellschaftsverlust beteiligt werden (§ 336 HGB). Beiden Gesellschaftern stehen Kündigungsrechte zu (§ 339 Abs. 1 HGB).

Damit ist festzustellen, daß die stille Gesellschaft bei formeller Betrachtung zu den Personengesellschaften zu zählen ist, da sie keine Rechtspersönlichkeit und keine körperschaftliche Verfassung besitzt. In materieller Hinsicht sind sowohl personen-als auch kapitalbezogene Momente zu finden. Jedoch überwiegen bei weitem die personenbezogenen Merkmale. Sie sind zwar geringer als bei BGH-Gesellschaft und OHG. Doch sind nicht nur diese Reinformen zu den Personengesellschaften zu zählen, sondern es gibt Mischformen und allmähliche Übergänge. [1] Dazu gehört die stille Gesellschaft genauso wie die KG. Die Tatsache, daß der Stille nicht persönlich haftet und eine Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers bringt, tritt gegenüber der Erforderlichkeit von persönlichem Einsatz des Geschäftsinhabers und Gewährung von Kontroll- und Kündigungsrechten für den stillen Ge-

---

1). Hueck GesR § 1 IV.

sellschafter sowie der Möglichkeit einer Verlustbeteiligung in den Hintergrund. Es ist auch zu beachten, daß das Gesetz an einigen Stellen auf Regelungen im Recht der Personengesellschaften [1] niemals aber auf die Kapitalgesellschaften verweist.

Somit handelt es sich bei der stillen Gesellschaft um ein Schuldverhältnis, das auf Erzielung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet ist und einen personen- und gemeinschaftsbezogenen Einschlag hat[2]. Die stille Gesellschaft ist Personengesellschaft.

An dieser Einordnung als Personengesellschaft hindert auch nicht die Tatsache, daß die stille Gesellschaft kein Gesamthandsvermögen hat, dies bei den übrigen Personengesellschaften aber die Regel ist. Eine Personengesellschaft setzt nämlich nicht notwendig die Begründung eines Gesellschaftsvermögens voraus [3]. Daß für den gesetzlichen Regelfall der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gesamthandsvermögen vorgesehen ist, muß aus der geschichtlichen Entwicklung der Gesamthandslehre im Zusammenhang mit der BGB-Gesellschaft gesehen werden. [4]

1.) vgl. §§ 338 Abs. 2, 339 Abs. 1 HGB.
2.) Koenigs aaO S. 21; Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. D-H-Flechtheim § 335 Anm. 2; Fischer RGRK BGB § 707 Anm. v. Staudinger - Geiler-Keßler § 705 Vorbem.23; Paulick aaO S. 41 ff ; Hueck NJW 53, 138; Würdinger JZ 53, 226 D-H-Geiler Allg. Einl. II A; Oldenburg aaO S. 96 ff.
3.) BGH WM 62, 1086; Steckhan aaO S. 75; Fikentscher § 60 I 3b, § 88 I 4b; Palandt-Thomas Anm. 8 zu § 705.
4.) vgl.: Buchda aaO S. 18 ff.

Das Recht der Gesamthand für sich ist dem allgemeinen Teil des BGB beizuordnen.[1] Die Gesamthandgesellschaft als typische Gesellschaftsart ist eine mögliche Erscheinungsform der Gesamthand; etwa neben der Erbengemeinschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft. Die stille Gesellschaft wird teilweise als atypische Gestaltungsform der BGB-Gesellschaft bezeichnet, weil sie kein Gesamthandsvermögen[2] hat.

4. Die körperschaftlich strukturierte stille Gesellschaft.

Nachdem die typische stille Gesellschaft als Personengesellschaft eingeordnet wurde, bleibt fraglich, ob dies auch für alle übrigen in der Einleitung erwähnten tatsächlichen Erscheinungsformen zutrifft. Insbesondere ist an den Fall der " GmbH & Co. st. Ges." zu denken, bei der Geschäftsinhaber eine juristische Person ist und die mehreren stillen Beteiligungen veräußerlich ausgestaltet sind[3]. Bei dieser Erscheinungsform scheint es sich vordergründig um eine Kapitalgesellschaft zu handeln. Es bleiben jedoch auch hier die Grundelemente der stillen Gesellschaft, wie sie das Gesetzt verlangt, erhalten.

1.) Wiedemann aaO S. 27; Flume ZHR 136, 179; Larenz SchR II § 56 I d; Fikentscher § 60 I 3b;
2.) Flume ZHR 136, 180 mwN.
3.) S. o. S. 6 f.

Im Verbandsrecht, zu dem auch das Gesellschaftsrecht gehört, besteht ein Typenzwang in dem Sinne, daß Personen, die sich zu einem Verband zusammenschließen wollen, auf die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Formen angewiesen sind. [1] Jedoch ist eine Grundtypenvermischung heute in der Rechtspraxis anerkannt.[2] Das bekannteste Beispiel dafür ist die GmbH & Co. KG. Bei ihr handelt es sich um eine kapitalistisch bzw. körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft. [3] Der Begriff der körperschaftlich strukturierten Personengesellschaft ist der Weitergehende, weil die Gesellschaft nicht lediglich Elemente der Kapitalgesellschaften, sondern der Körperschaften allgemein beinhaltet. Die Personengesellschaft ist also körperschaftlich organisiert, d.h. es werden typische Institutionen der Körperschaft in die Personengesellschaft eingebaut. Der persönlich haftende Gesellschafter ist meist eine Kapitalgesellschaft, die mit ihrem Grundkapital haftet.

Diese körperschaftlichen Elemente finden sich auch bei einer stillen Gesellschaft, in der mehrere stille Gesellschafter einem Geschäftsinhaber (z.B. einer GmbH) gegenüberstehen, die Beteiligungen frei veräußerlich sind, Geschäftsführungs- und Kontrollorgane geschaffen werden, die meist aufgrund von Mehrheitsbeschlüssen die Belange der Gesellschafter wahrnehmen sollen und damit die Person des jeweiligen Mitglieds für den Gesellschaftsverband nicht mehr von besonderer Bedeutung ist. Da in diesem Fall der gesetzlich geregelte Grundtypus der stillen Gesellschaft als

---

1). Lehmann GesR § 4 III 1; H. Westermann Hdb.RZ 8; H.P. Westermann aaO.S. 12 ff; Nitschke aaO S. 5 ff.
2). St. Rsp . seit RG Z 105,101 ff; KG JW 1939,423; LG Hbg DNotZ 1953, 109; OLG Hamm DNotZ 1954,92; BGH WM 1956, 61 (63); BGH NJW 66, 1309 (1310).

(Fortsetzung S. 28)

Personengesellschaft beibehalten wird, gilt auch grundsätzlich das Personengesellschaftsrecht.[1)]

Lediglich bezüglich der Elemente, die aus dem Körperschaftsrecht entliehen sind, gilt insoweit hilfsweise Körperschaftsrecht.[2)]

5. Ergebnis.

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß es sich auch bei den verschiedenen Ausgestaltungen der stillen Gesellschaft um ein personen- und gemeinschaftsbezogenes Schuldverhältnis handelt, das unter die Personengesellschaften einzureihen ist. Durch die Wahl der Rechtsform stille Gesellschaft ist gleichzeitig festgelegt, daß eine Personengesellschaft besteht. Es finden - obwohl nicht wie in § 105 HGB ausdrücklich hervorgehoben - die Vorschriften der BGB - Gesellschaft ergänzende Anwendung. Das allerdings nur insoweit, als die Anwendbarkeit sich mit den Eigentümlichkeiten der stillen Gesellschaft (z.B. kein Gesamthandsvermögen) in Einklang bringen läßt. Daneben gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB und HGB.

Fortsetzung Seite 27) .... 3). Nitschke aaO. S. 1o ff; H.P. Westermann aaO S. 9; H. Westermann Hdb. RZ 150 ff.

1). Nitschke aaO S. 404.
2). Nitschke aaO S. 105.

II.: Die Stellung der Gesellschafter in der stillen Gesellschaft.

Das Gesetz selbst erwähnt den Begriff der Mitgliedschaft bei Personengesellschaften nicht. Es weist den Gesellschaftern aber bei den verschiedenen Gesellschaftstypen bestimmte Aufgaben zu, die die Stellung innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses kennzeichnen. Durch die Verpflichtung der Gesellschafter zur Förderung des gemeinsamen Zwecks auf die vereinbarte Art und Weise entsteht unter ihnen ein Arbeits- und Haftungsverband. Aufgrund seiner Verpflichtung zur Zweckförderung wird der einzelne Gesellschafter Mitglied in diesem Verband. Unter Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft ist also die Stellung des einzelnen Gesellschafters in dem personen- und gemeinschaftsbezogenen Schuldverhältnis stille Gesellschaft zu verstehen. Sie ergibt sich aus den Einzelbeziehungen der Gesellschafter untereinander. Zu untersuchen bleibt, wie die Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft im einzelnen ausgestaltet sind.

1. Einzelbeziehungen, die die Mitgliedschaften kennzeichnen.

Es sind zur Kennzeichnung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft sowohl rechtliche, als auch tatsächliche Merkmale maßgebend.

Dabei unterteilen sich die rechtlichen Merkmale in Vermögensrechte- und - pflichten sowie in Gemeinschaftsrechte (Mitverwaltungs- oder Herrschafts-) und - pflichten. [1)]

a). Die vermögensrechtliche Beziehungen.

Die vermögensrechtlichen Beziehungen in der stillen Gesellschaft erschöpfen sich in schuldrechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen. Eine Beteiligung an einem Gesellschaftsvermögen liegt bei keinem der beiden Gesellschaftertypen vor, da § 335 HGB die Bildung eines solchen ausschließt.[2)] Selbst bei der sogenannten atypischen stillen Gesellschaft, bei der dem stillen Gesellschafter weitreichende Mitwirkungsbefugnisse zustehen, erwirbt der Stille nur schuldrechtliche Ansprüche am Geschäftsvermögen des Inhabers.

aa) Als obligatorische Vermögensrechte des stillen Gesellschafters sind zu nennen: Der Anspruch auf anteiligen Gewinn (§§ 336, 337 HGB), der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 340 HGB) sowie evtl. ein Anspruch gegen den Geschäftsinhaber, daß dieser seinen Beitrag erbringt., also sein Geschäft betreibt. Zusätzlich können weitere Vermögensrechte

---

1). v. Staudinger - Keßler § 705 Anm. 43 ff; D-H-Geiler Allgem. Einl. Anm. 83 ff; Lehmann -Dietz aaO S. 100 ; Wiedemann aaO S. 32 Fußn. 2; Soergel-Schultze-v-Lasaulx § 705 Anm. 45 ff; Ermann-Schulze-Wenk § 705 Anm. 23 ff; BGB RGRK Fische § 705 Anm.22; Hueck GesR § 7 II; Heinsheimer aaO S. 21,27,39 ff; Hackenbroch aaO S. 7; H.P. Westermann aaO S. 149; Andere Einteilung bei: Teichmann Gestaltungsfreih. S. 141 ff; H. Westermann Hdb. RZ 239; Müller Erzbach Mitgliedschaft S. 208.

2). Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 18; Schilling in Großk.z. HGB § 335 Anm. 16; D-H-Flechtheim § 335 Anm. 8; Heymann Kötter § 335 Anm. 4

3). RGZ 126,390; BGH Z 7, 174; Schilling in Großk.z. HGB Anm. 17

wie etwa ein Entnahmerecht (entspr. § 122 HGB) vereinbart werden.

Diesen Rechten steht die Beitragspflicht des Stillen, d.h. vor allem Leistung der Einlage gegenüber.

bb) Dem Geschäftsinhaber gebühren neben seinem Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben [1] auch ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen für Geschäftsführung sowie der Anspruch gegen den Stillen auf Erbringung seiner Einlage.

Dem steht die Beitragspflicht und die Pflicht zur Gewinnausschüttung gegenüber.

b). Die gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen.

Hierunter sind solche Berechtigungen und Verpflichtungen zu zählen, die dem einzelnen Gesellschafter zustehen, weil er Mitglied in der Gemeinschaft ist. Sie ergeben sich aus der Notwendigkeit, Beziehungen der Gruppenmitglieder untereinander zu regeln. Die oben [2] genannte Gemeinschaftsbezogenheit des Schuldverhältnisses spiegelt sich hier wieder. Im allgemeinen wird die Meinung vertreten, daß diese Rechte und Pflichten sich nicht von der Gesellschafterstellung trennen lassen und der Gesellschafter somit nicht über sie verfügen könne.[3]

---

1). Letztere zumindest für den Fall, daß auch er eine Einlage geleistet hat. vgl. Paulick aaO S. 162,
2). S. 25
3). vgl. näher unter S. 154 f.

aa). Dem stillen Gesellschafter stehen an Gemeinschafts- oder Herrschaftsrechten nach dem Gesetz die Kontrollrechte (§ 338 HGB) und das Kündigungsrecht (§§ 339, 132 HGB bzw. 723 BGB) zu. Im übrigen gebührt ihm ein Stimmrecht bei den nach dem Gesellschaftsvertrag zu fassenden Beschlüssen, insbesondere bei Änderung des Gesellschaftsvertrages. Da es sich bei der stillen Gesellschaft jedoch in der Regel um eine zweigliedrige Gesellschaft handelt, spricht man hier weniger von einem Stimmrecht, denn es wird nicht abgestimmt, sondern von der grundsätzlichen Befugnis der Gesellschafter, das Gesellschaftsverhältnis auszugestalten und zu regeln (Verfügungsbefugnis)[1]. Es ist jedoch auch in der zweigliedrigen stillen Gesellschaft möglich, einem Gesellschafter das Recht einzuräumen, allein Beschlüsse zu fassen. Inhaltlich wird in beiden Fällen das gleiche geregelt.

Außerdem können dem Stillen vertraglich noch Geschäftsführung-, Zustimmungs- und Widerspruchsrechte zugebilligt werden.[2]

bb) Dem Geschäftsinhaber steht in der Regel das Recht zur Geschäftsführung und das Kündigungsrecht zu. Auch er hat die Befugnis zur grundsätzlichen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses.

cc) Diesen Gemeinschaftsrechten steht bei anderen Personengesellschaften im wesentlichen die Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber. Sie ist dort Ausdruck

---

1). vgl. näher unten S. 71 ff.
2). Paulick aaO S. 141; Baumbach Duden § 335 Anm. 6; BGH BB 61, 583.

des personenbezogenen Schuldverhältnisses, das auf Förderung des gemeinsamen Zwecks gerichtet ist, und beruht auf dem persönlichen Vertrauen, das die Gesellschafter zur Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses bewogen hat. Die Treuepflicht herrscht im übrigen in allen Rechtsverhältnissen, in denen die Parteien den Inhalt ihrer rechtsgeschäftlichen Beziehungen mit auf die Person des jeweiligen Vertragspartners abgestimmt haben und bei denen es um die gemeinsame Zusammenarbeit zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks geht.[1] Es wird die Meinung vertreten, daß in der stillen Gesellschaft keine Treuepflicht herrsche, da letztere ein Ausfluß des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses sei und ein solches bei der stillen Gesellschaft nicht vorliege.[2]

Dem ist nicht zu folgen, denn die strenge personenrechtliche Auffassung ist für die Begründung der besonderen Treuepflicht nicht erforderlich.[3] Es ist aber auch nicht ganz richtig, die Treuepflicht mit der Personenbezogenheit des Schuldverhältnisses allein zu begründen. Hier muß zurückgegangen werden auf die Pflicht zur Förderung des gemeinsamen Zwecks, die ihrerseits als Grundlage des personenbezogenen Verhältnisses und damit der Treuepflicht anzusehen ist.[4] Der Gesellschaftszweck macht den wesentlichen Inhalt der Treuepflicht aus, z.B. wenn ein Gesell-

---

1). Hueck Treuegedanke S. 80
2). Kühnle aaO S. 82 ff.
3). Ballerstedt JuS 63, 258.
4). Eichler aaO S. 61, Fußn. 47; H.P. Westermann aaO S. 143; wohl auch Lehmann-Dietz aaO S. 97.

sellschafter zur Zustimmung bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages verpflichtet sein kann, weil dies zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks erforderlich ist.

Da es sich bei der stillen Gesellschaft um die Förderung eines gemeinsamen Zwecks in einem personen- und gemeinschaftsbezogenen Schuldverhältnis handelt, [1] ist auch hier vom Bestehen einer gesellschafterlichen Treuepflicht auszugehen.[2]

Eine besondere Ausprägung der Treuepflicht ist das Wettbewerbsverbot, dem der stille Gesellschafter in der Regel nicht und der Geschäftsinhaber trotz fehlender gesetzlicher Regelung in begrenztem Maße unterliegt. [3]

c). Die Verteilungsmaßstäbe.

Neben den Vermögens- und Gemeinschaftsrechten sowie -pflichten sind noch die Maßstäbe zu nennen, die im einzelnen die Beteiligung des Gesellschafters bemessen. Bei den Gemeinschaftsrechten ist das z.B. der Umfang der Mitberechtigung bei Abstimmungen. Auf der vermögensrechtlichen Seite richtet sich die Verteilung etwa des Gewinns meist nach der Höhe der Einlage oder der erbrachten Arbeitsleistung. Es handelt sich also bei den Verteilungsmaßstäben um meist im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Rechnungsziffern, die mit den Rechten und Pflichten der Gesellschafter eng verknüpft sind.

---

1). S. o. S. 28
2). BGH Z 3, 81; Koenigs aaO.S. 222 ff; Paulick aaO S. 177 ff, 181 f.
3). vgl. dazu näher: Koenigs aaO S. 224 ff: Paulick aaO S. 179 f. und 182.

d). Tatsächliche Beziehungen.

Die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft erschöpft sich nicht in den genannten Rechten und Pflichten. Sie ist außerdem gekennzeichnet durch eine Reihe von tatsächlichen Positionen, Aufgaben, Befugnissen, Obliegenheiten und auch von Rechtslagen, die dem Gesellschafter aufgrund der Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaft zustehen.

Diese tatsächlichen Beziehungen sind von Gesellschaft zu Gesellschaft verschieden und stehen im Zusammenhang mitder jeweils von den Gesellschaftern bestimmten Art und Weise der Zweckerreichung. Eine abschließende Aufzählung dieser Beziehungen ist daher nicht möglich.

Beispielsweise gehört hierher die Benutzung von Gesellschaftseinrichtungen durch die Mitglieder. Auch das öffen-tliche Ansehen eines Gesellschafters, seine Beziehungen zu Konkurrenzunternehmen, Geschäftspartnern oder Staatsorganen können im Einzelfall von wesentlicher Bedeutung für die Gesellschaft sein. Es ist zum Beispiel der Fall denkbar, daß eine bekannte Persönlichkeit in einer atypischen stillen Gesellschaft ihren Namen als Geschäftsinhaber hergibt, um Vertrauen in der Kundschaft zu gewinnen, während in Wirklichkeit der stille Gesellschafter die Geschäfte abwickelt.

Ebenso spielt die technische oder kaufmännische Erfahrung oder Ausbildung der Gesellschaftsmitglieder, also das gesamte " know how " oft eine wesentliche Rolle für die Kennzeichnung einer Mitgliedschaft.

Es sind durchaus Gesellschaften denkbar, bei denen ein Gesellschafter nichts anderes als seine Kenntnisse zur Verfügung stellt. Das ist zum Beispiel der Fall bei der stillen Beteiligung an einer Apotheke, wenn der stille Gesellschafter alle materiellen Voraussetzungen schafft und dem Geschäftsinhaber lediglich die nach dem Apothekengesetz erforderlich Aprobation nachweist. [1)]

Derselbe Fall läßt sich auch mit dem Inhaber einer Gaststättenkonzession oder eines Meisterbriefes bilden. Auch die Einlage des stillen Gesellschafters kann lediglich im " know how " bestehen.[2)]

Es bleibt daher insgesamt festzuhalten, daß durch die Aufzählung der rein juristischen Merkmale, also der Vermögens- und Gemeinschaftsrechte und -pflichten die Mitgliedschaft im Einzelfall nicht vollständig gekennzeichnet wird. Vielmehr müssen die in jeder Gesellschaft vorhandenen tatsächlichen Beziehungen, die sich aus der Zweckvereinbarung ergeben, berücksichtigt werden. Zwar sind diese tatsächlichen Umstände wie etwa Ansehen, Erfahrung und Qualifikation meist Merkmale, die der Person des jeweiligen Gesellschafters zuzuordnen sind. Sie haben jedoch entscheidende Auswirkungen auf das Gesellschaftsverhältnis (z.B. die Gewinnverteilung und das Stimmrecht) und kennzeichnen somit auch die Mitgliedschaft des jeweiligen Gesellschafters.

---

1). Eine solche Konstruktion ist zulässig.vgl.: BGH NJW 72, 338; Blaurock NJW 72, 1119 f.
2). vgl.: BFH GmbH Rdsch 75, 185.

2. Einzelbeziehungen und Mitgliedschaft.

Der Begriff der Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft sowie das Verhältnis der genannten Einzelbeziehungen zur Mitgliedschaft bedürfen der Erörterung. Bisher wurden diese Probleme ausschließlich für OHG, KG und zum Teil für die BGB-Gesellschaft erörtert. Darauf kann bei der stillen Gesellschaft insoweit Bezug genommen werden, als es sich nicht um Argumentationen handelt, die ihre Begründung aus dem Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens herleiten oder sonst der speziellen Gestaltung der stillen Gesellschaft entgegenstehen. Der Meinungsstand läßt sich in zwei große Lager aufteilen, die von verschiedenen Grundeinstellungen ausgehen.

a). Die Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis.

Die wohl herrschende Meinung[1] sieht die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft als eine Summe von Rechten und Pflichten an, die als Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Unter Rechtsverhältnis versteht diese Meinung das " rechtliche In- Beziehung - Stehen "[2], und meint damit das Verhältnis, das zwischen einem Gesellschafter und der Gesamtheit der Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages besteht.[3]

---

1). Heinsheimer aaO S. 24 ff u. 35; D-H Geiler Allg. Einl. Anm. 90; Müller-Erzbach Mitgliedsch.S. 290; Würdinger GesR S. 66 u. JZ 53, 226227; Hueck OHG S. 398; Larenz AT § 18 I u. III; Wieland aaO S. 612, 661; v. Tuhr aaO Bd I S. 220; Pieper aaO S. 67 ff u. 70 Fußn. 37; Reinhardt ZBernJV 103, 340; Hirsch aaO S. 226; Hadding Fschr. f. Reinhardt S. 255 ff; Pförtner aaO S. 20; Markwardt aaO S. 20.

2). Heinsheimer aaO S. 27 Fußn. 5.

3). D-H Geiler Allgem. Einl. Anm. 90e.

Würdinger [1] meint sogar: " Mitgliedschaft und Vertragsverhältnis sind bei nichtrechtsfähigen Personengesellschaften ihrem Wesen nach dasselbe."

Es steht also bei dieser Theorie der Gedanke im Vordergrund, daß die Gesellschaft ein Rechtsverhältnis sei, aus dem den Gesellschaftern als den Parteien Rechte und Pflichten erwüchsen, die dann deren Stellung innerhalb der Gesellschaft (Mitgliedschaft) ausmachten. Diese Stellung wird ebenso Rechtsverhältnis genannt wie das Gesellschaftsverhältnis selbst.

b). Die Mitgliedschaft als subjektives Recht.

Die Gegenmeinung geht davon aus, daß die Mitgliedschaft in der Personengesellschaft eine Einheit,[2] ein Gegenstand,[3] oder ein Sondergut[4] sei, welche Entstehungsgrundlage für die einzelnen oben aufgezählten [5] Berechtigungen und Verpflichtungen sein soll.[6]

---

1). Personengesellschaften aaO S. 66
2). Teichmann NJW 66, 2337.
3). Sohm aaO S. 22.
4). Liebisch ZHR 116, 135.
5). S.o.S. 29 ff.
6). Sohm aaO. S. 22; Krückmann AcP 114, 151f; ders. Iherings Jahrb. 74, 70; Liebisch ZHR 116, 135 ff; Richardi aaO. S. 7f; Langmaak aaO S. 15; Teichmann NJW 66, 2336, 2337.

Gerade in neuerer Zeit wird die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft immer häufiger als subjektives Recht bezeichnet.[1] Sie soll Mutterrecht[2] oder Stammrecht[3] sein, dem die einzelnen Tochterrechte, wie sie oben [4] aufgezählt wurden, entspringen.[5]

Der Ansatz dieser beiden Meinungen ist grundsätzlich verschieden. Während die herrschende Lehre den Ursprung der einzelnen Berechtigungen und Verpflichtungen im Gesellschaftsverhältnis sieht, betrachtet die Gegenmeinung die Gesellschafterstellung, die Mitgliedschaft, als Grundlage der Einzelbeziehungen.

c). Versuch einer eigenen Lösung für die stille Gesellschaft.

Als Ausgangspunkt für die Problemerörterung kann der bereits gefundene Gesellschaftsbegriff [6] und die eine Mitgliedschaft kennzeichnenden Einzelbeziehungen [7] dienen.

---

1). Flume Festschr. f. Larenz S. 775; Wiedemann aaO S. 39; Huber aaO S. 163; Hackenbroch aaO S. 12; Rokas aaO S. 22 ff; Rauch DNotZ 70, 78f Fußn.4; wohl auch Fischer Großk.z. HGB § 109 Anm. 21 ff; Mentz aaO S. 112a ff; Kreifels Fschr.f.Hengeler S. 161; Kruse FS.f. Laufke S. 179. In d. älteren Lit. bereits; Silberschmidt Zentr. Bl. HR 1932,108,109; f.d.stille Ges.: Saenger aaO S. 61.
2). Wiedemann aaO S. 39 und 301.
3). Huber aaO S. 163
4). S. 29 ff.
5). s. ausführl. Darst.d.Streitstandes bei Hadding aaO S. 2
6). S.o.S. 28
7). S.o.S. 29 ff.

Die stille Gesellschaft ist ein Schuldverhältnis mit personen- und gemeinschaftsbezogenem Einschlag, das auf Erreichung eines durch die Gesellschafter entsprechend den tatsächlichen Gegebenheiten vereinbarten gemeinsamen Zwecks gerichtet ist. Die Mitgliedschaft darin ist gekennzeichnet durch vermögensrechtliche, gemeinschaftsrechtliche und tatsächliche Beziehungen. Die Natur der Gesellschaft spiegelt sich also in den Einzelbeziehungen der Mitgliedschaft wieder. Während die Einzelbeziehungen als Teile der Mitgliedschaft zu bezeichnen sind, können die Mitgliedschaften als Teile des Gesellschaftsverhältnisses angesehen werden. Es handelt sich also stets um das Verhältnis eines Teils zum Ganzen. Dabei ist zu bemerken, daß sowohl die Mitgliedschaft als auch die Gesellschaft der genannten Teile bedarf. Eine stille Gesellschaft kann nur bestehen, wenn mindestens zwei Mitglieder vorhanden sind. Eine Mitgliedschaft ist ohne die genannten Einzelbeziehungen nicht existent, es sei denn, es werden die in § 717 S. 2 BGB genannten Rechte abgespalten.

Die Frage, ob die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft ein Rechtsverhältnis, ein subjektives Recht oder noch etwas anderes ist, kann damit aber noch nicht beantwortet werden.

Diese Frage ist auch nicht zu beantworten, indem man die Mitgliedschaft als Summe der Einzelbeziehungen oder als Einheit betrachtet und sie je nach Betrachtung als Rechtsverhältnis oder subjektives Recht qualifiziert. Dabei würde außer acht gelassen, daß auch eine Summe sich stets als Einheit darstellen kann.[1)]

---

1). Krückmann AcP 114, 152.

So verhält es sich auch bei der Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft. Obwohl sie sich aus der Summe der Einzelbeziehungen zusammensetzt, stellt sie in der allgemeinen Anschauung als Gesellschafterstellung eine Einheit dar. Diese Betrachtungsweise hat sich auch in der Wissenschaft durchgesetzt.

Bei der Mitgliedschaft handelt es sich nicht allein um die Summe von Rechten und Pflichten, sondern um ein einheitliches Gefüge,[1] in das auch allgemeine Rechtslagen und tatsächliche Positionen des täglichen Lebens einzubeziehen sind. Die Stellung eines Gesellschafters ist deshalb als Einheit zu betrachten, denn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise stellt sie sich als ganzheitliches Phänomen dar, welches zwar aus Einzelelementen zusammengesetzt ist, sich aber einheitlich darstellt.

Die Betrachtung der Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft als Einheit läßt sie noch nicht zu einem subjektiven Recht werden. Denn auch bei den Einzelbeziehungen handelt es sich teilweise um dem Gesellschafter zustehende subjektive Rechte.

Andererseits wäre es zwar denkbar, eine solche Einheit als Rechtsverhältnis zu bezeichnen, denn auch bei einem Rechtsverhältnis handelt es sich um ein " komplexes Gebilde".[2] Es stellt sich aber die Frage, ob Rechtsverhältnis nur das rechtliche " in Beziehung stehen " der Parteien ist oder ob darunter auch die Stellung der Parteien in diesem Verhältnis zu verstehen ist.

---

1). Larenz SchR AT 35 III; Pieper aaO S. 157ff;D-H-Geiler Allg. Einl.II Anm.25; Pförtner aaO S. 34; v. Tuhr aaO S. 322 f; Dieckmann aaO S. 47; Kaiser aaO S. 111; Langmaak aaO S. 14 ff.

2). Larenz AT § 12 I a.E.

Eine Aufklärung über die rechtliche Einordnung der Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft könnte durch nähere Untersuchung der Einzelbeziehungen gewonnen werden.

(1) Einige Vertreter sind der Ansicht, die die Mitgliedschaft als subjektives Recht einordnen, bezeichnen allein das personen- und gemeinschaftsbezogene Element als Mitgliedschaft.[1] Die Parteistellung im Schuldverhältnis sei nur gleichsam eine Folgeerscheinung der Mitgliedschaft. Eine Übertragung der so bezeichneten Mitgliedschaft habe als Nebenfolge den Übergang des Schuldverhältnisses zur Folge.

Bei einer derartigen Betrachtensweise, bei der allein das " Gliedsein"[2] in der Organisation die Mitgliedschaft ausmachen soll, kann es gerechtfertigt erscheinen, die so bezeichnete Mitgliedschaft als subjektives Recht anzusehen. Eine solche Stellung fiele zumindest unter die Definition des subjektiven Rechts als " von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht (Willensmacht)"[3], bzw. als " etwas, das einer Person zukommt oder gebührt".[4] Hier gebührte der Person die Stellung innerhalb der Organisation.

---

1). Flume FS f. Larenz S. 774 f; vgl. Wiedemann aaO S. 39 u. 6
2). Heinsheimer aaO S. 26 ff;
3). Lehmann-Hübner § 10 III S.81; Enneccerus-Nipperdey § 72 S. 438; vgl. auch Savigny aaO I §§ 4,52,53; Windscheid-Kipp aaO I § 37 S. 156.
4). Larenz AT § 18 II.

Diese Betrachtung der Gesellschafterstellung entfernt sich aber zu weit von den spezifischen Merkmalen der Personengesellschaft, die ihre grundsätzliche Regelung bei den Schuldverhältnissen gefunden hat. Der Versuch, die Personengesellschaft gleichsam aus dem Schuldrecht auszulagern und die gemeinschafts- und personenbezogenen Elemente in den Vordergrund zu stellen, wird ernsthaft auch nur bei den Gesamthandsgesellschaften unternommen.[1] Durch die Aufnahme des Gesamthandsprinzips werde eine stärkere " organisationsrechtliche Einheit " bei der Gesellschaft geschaffen, so daß man nicht mehr von einem Schuldvertrag, sondern von einem " Organisationsvertrag ",[2] " Gemeinschaftsvertrag"[3] oder einem " verbandsrechtlichen Gebilde "[4] spreche.

Für die stille Gesellschaft, die kein Gesamthandsvermögen hat, können diese Grundsätze aber nicht gelten. Widersprüchlich erscheint es deshalb, wenn Flume einmal eine " organisationsrechtliche Einheit " für die stille Gesellschaft nicht annimmt,[5] andererseits aber für die Übertragung der Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft die gleichen Regeln wie bei den Gesamthandsgesellschaften anwenden will, also die Mitgliedschaft, unter der er nur das personen- und gemeinschaftsbezogene Element sieht,[6] als subjektives Recht abtreten will.[7]

---

1). Flume ZHR 136, 179.
2). Würdinger Pers.Ges.I S. 42.
3). v. Gierke Dt.Priv.R. aaO III S. 829.
4). Hoeniger in Nachw.z.Schafheutle aaO S. 95 ff.
5). ZHR 136, 180.
6). Flume FS.f.Larenz S. 774; wohl auch Wiedemann S. 49 u. 60.
7). Flume FS.f.Larenz S. 776 Fußn. 27.

Da bei der stillen Gesellschaft die personen- und gemeinschaftsbezogenen Elemente wesentlich schwächer sind, als das der Parteistellung im Schuldverhältnis, ist auch der Begriff der Mitgliedschaft ein anderer als bei den Gesamthandsgesellschaften. Die aufgeführte Meinung ist daher abzulehnen.

(2) Es erscheint aber auch ebenso verfehlt, mit Huber[1] die Mitgliedschaft in Personenhandelsgesellschaften als " Wertrecht" zu bezeichnen, das dem Gesellschafter einen Anteil am Gesellschaftsvermögen zuweisen soll. Durch diese Konstruktion kommt Huber zu dem Ergebnis, daß es eine Mitgliedschaft als " Wertrecht " nur bei Gesamthandsgesellschaften geben könne, denn nur dort kann der einzelne Gesellschafter einen Anteil am Gesellschaftsvermögen erwerben.[2] Demnach könne es bei der stillen Gesellschaft keine Mitgliedschaft in diesem Sinne geben, denn sie hat kein Gesamthandsvermögen.[3]

Genauso wie es aber schon oben [4] als verfehlt bezeichnet wurde, nur die Eingliederung der Person in die Organisation als Mitgliedschaft in der Personengesellschaft anzunehmen, so kann man auch nicht nur die Beteiligung am Gesamthandsvermögen als Mitgliedschaft betrachten. Das vor allem deshalb, weil für die Bezeichnung der Stellung des Gesellschafters in einer Personengesellschaft nicht allein die Art der vermögensmäßigen Beteiligung, sondern das gesamte Rechtsverhältnis maßgeblich sein muß. Es ist durchaus

---

1). aaO S. 164 u. Vorwort; deshalb bezeichnet er auch den Beteiligungskauf in ZGR 72,395 als Rechtskauf.
2). so wohl auch Fischer, Großk.z.HGB § 109 Anm.6, der in § 719 I BGB das "Mitgliedschaftsrecht als ganzes, den Gesellschaftsanteil" angesprochen sieht; ähnlich auch Kaiser aaO S. 104 mwN;Plank-Lobe § 719 Anm.1
3). vgl. Huber aaO.S. 153 ff.
4). S. 43.

möglich, Personengesellschaften vermögensrechtlich verschiedenartig zu gestalten. Die entscheidenden Merkmale der Personengesellschaft - Zweckgemeinschaft mit einem Minimum an personen- und gemeinschaftsbezogenen Elementen - bleiben jedoch stets die gleichen. Sie sind deshalb auch für eine Definition der Gesellschafterstellung maßgeblich. Die entscheidenden Merkmale der Mitgliedschaft in Personengesellschaften sind daher schuldrechtliche Bindung und begrenzte Eingliederung der Person in die Organisation.

(3) Wenn man nun die Stellung des Gesellschafters in dem Schuldverhältnis Gesellschaft als Rechtsverhältnis ansieht,[1] so könnte man mit Wiedemann[2] die Mitgliedschaft in der Personengesellschaft sowohl als Recht (in Bezug auf die Eingliederung der Person in die Organisation),[3] als auch als Rechtsverhältnis (bezüglich der Stellung im Schuldverhältnis) bezeichnen.[4]

Diese Vorgehensweise ist aber m. E. nicht gerechtfertigt, denn die Stellung des Mitglieds in der Gesellschaft kann nicht genauso wie die Gesellschaft selbst als Rechtsverhältnis angesehen werden. Als Rechtsverhältnis ist nur ein rechtlich bedeutsames Lebensverhältnis zu bezeichnen, das in einer rechtswirksamen Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Gegenständen besteht.[5] Dieses " in Beziehung stehen" ist aber nur zwischen den einzelnen Mitgliedschaften vorhanden und gilt nicht für die jeweilige Mitgliedschaft

---

1). S.o.S 37.
2). aaO S. 39; wohl auch Kreifels, FS.f.Hengeler S. 161.
3). S.o.S. 42
4). Umgekehrt W.Müller aaO S. 75, die die mitgliedschaftliche Stellung in der Organisation als Rechtsverhältnis und gleichzeitig die vermögensmäßige Zuordnung als einheitliches Vermögensrecht bezeichnet. Dies jedoch ohne nähere Begründung.
5). Enneccerus Nipperdey aaO § 71, 1I u.v.Tuhr aaO § 5 I; Larenz AT § 12 I.

allein.[1] Zwar hat derjenige, welcher " in Beziehung steht ", immer auch eine Stellung in diesem Rechtsverhältnis inne. Beides ist damit aber noch nicht dasselbe. Die Stellung im Rechtsverhältnis, die Parteistellung, kann als Element des Rechtsverhältnisses angesehen werden. Beides verhält sich zueinander wie ein Teil zum Ganzen. Die Parteistellung ist ohne das dazugehörige Rechtsverhältnis nicht denkbar. Das Rechtsverhältnis wird erst durch das " in Beziehung treten " der einzelnen Rechtssubjekte in ihren Parteistellungen aufgrund der verschiedenen, die Parteistellungen kennzeichnenden, miteinander korrespondierenden Einzelbeziehungen zu einem solchen. Die Elemente der Rechtsverhältnisse, aus denen sie entstehen, dürfen aber nicht selbst wieder Rechtsverhältnisse genannt werden.[2]

Larenz [3] meint, es stehe zwar grundsätzlich nichts im Wege, auch Elemente des Rechtsverhältnisses ihrerseits als Rechtsverhältnisse anzusehen. Aus terminologischen Gründen bezeichnet er jedoch nur das übergeordnete " komplexe Gebilde " als Rechtsverhältnis. Sicher können vor allem in einem Gesellschaftsverhältnis Einzelbeziehungen ihrerseits wiederum Rechtsverhältnisse sein. Dies insbesondere, wenn zum Beispiel durch Treuhandverträge oder Gewinnabführungsvereinbarungen unmittelbar auf das Gesellschaftsverhältnis Einfluß genommen wird. Allerdings ist die Parteistellung, die in jedem Rechtsverhältnis vorhanden ist, nicht auch gleichzeitig ein Rechtsverhältnis, weil durch sie nicht das " in Beziehung stehen" ausgedrückt werden soll, sondern nur die Stellung in dem entsprechenden Verhältnis.

---

1). Kaiser aaO S. 96; Hadding,FS f. Reinhardt S. 262; Hackenbroch aaO S. 6; Markwardt aaO S. 2o f.
2). v. Tuhr § 5 I Anm. 1; BGH VersR. 75, 442,
3). AT § 12 I a. E.

Aus der Parteistellung ergeben sich erst die rechtlichen Beziehungen, die das Rechtsverhältnis ausmachen. Umgekehrt wird die Parteistellung aber auch erst durch die sich aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Beziehungen begründet. Es wäre überflüssig, von Parteistellungen und Mitgliedschaften zu sprechen, wenn man damit nichts anderes meint, als das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, hier also das Gesellschaftsverhältnis.

(4) Nach den bisherigen Erörterungen erscheint es daher sinnvoll, die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft als Parteistellung in einem Schuldverhältnis mit im Vergleich zu anderen Personengesellschaften geringem personen- und gemeinschaftsbezogenem Einschlag anzusehen. Dabei ist die Parteistellung Trägerschaft der Einzelbeziehungen, die durch ihre Korrespondenz mit den Einzelbeziehungen anderer Parteistellungen das Rechtsverhältnis, hier also das Gesellschaftsverhältnis ausmachen.

Es sollte in Bezug auf die Mitgliedschaft von der Parteistellung im Rechtsverhältnis und nicht von dem Rechtsverhältnis selbst gesprochen werden. Diese Unterscheidung erscheint zweckmäßig, da man sonst zu einer Doppeldeutigkeit des Wortes Rechtsverhältnis gelangt.

Aus der Tatsache, daß der Gesellschafter Partei in dem Rechtsverhältnis stille Gesellschaft ist, erwachsen ihm Berechtigungen und Verpflichtungen. Dabei ist aber die Mitgliedschaft nicht nur die Summe von Rechten und Pflichten, sondern mehr, nämlich ein einheitliches Gefüge von Rechten, Befugnissen, Pflichten, Obliegenheiten, Rechtslagen und tatsächlichen Positionen des täglichen Lebens. Diese Einzelbeziehungen können als Element der Mitgliedschaft angesehen werden.[1)]

---

1). Hirsch aaO § 38 I S. 227.

Erst die Mitgliedschaft in der Gesellschaft erzeugt die Einzelbeziehungen. Wer nicht Mitglied ist, kann grundsätzlich nicht Inhaber einzelner Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis sein, [1] es sei denn, es handelt sich um die von der Mitgliedschaft abspaltbaren Rechte gem. § 717 S. 2 BGB.

1.) S. u. S. 154 ff.

T e i l 2.:

Die Übertragbarkeit von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft.

I.: Grundlagen der Übertragbarkeit.

Unter Übertragung der Mitgliedschaft eines Gesellschafters in der stillen Gesellschaft ist der rechtsgeschäftliche Übergang der Parteistellung des Gesellschafters im Rechtsverhältnis stille Gesellschaft auf einen Dritten, also ein Gesellschafterwechsel zu verstehen. Bei der juristischen Gestaltung eines solchen Übertragungsaktes ergeben sich einige Unklarheiten. So ist bereits zweifelhaft, ob bei der stillen Gesellschaft ein Mitgliederwechsel bei gleichzeitigem Fortbestand der Gesellschaft überhaupt möglich ist.

Anders als bei den übrigen Personengesellschaften scheint der Gesetzeswortlaut für die stille Gesellschaft eine Änderung des Gesellschafterbestandes nicht vorzusehen. Da die typische stille Gesellschaft als zweigliedrige Gesellschaft geregelt ist, sind im Gesetz keine Regelungen über den Austritt von Gesellschaftern zu finden. Wenn der Stille seine Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers nicht mehr leisten will, wird die stille Gesellschaft gem. § 340 HGB aufgelöst. Die einzige Vorschrift, die auf die Zulässigkeit eines Gesellschafterwechsels hindeutet, ist § 339 II HGB, wonach beim Tod des stillen Gesellschafters ein Übergang der Mitgliedschaft auf den Erben möglich ist. Grundsätzlich ist dem Gesetz ein Mitgliedschaftsübergang also nicht fremd.

Zu erörtern bleibt, ob ein rechtsgeschäftlich vereinbarter Mitgliederwechsel gegen Regelungen des Rechts der stillen Gesellschaft, allgemeine Prinzipien des Rechts der Personengesellschaften oder gegen Grundsätze der Mitgliedschaft verstoßen kann. Vor allem

stellt sich die Frage, ob die Mitgliedschaft als Parteistellung im Rechtsverhältnis ein verfügbarer Gegenstand sein kann.

1. Die " Austritt - Eintritt - Theorie ".

Nach der früher herrschenden Meinung[1] ist eine Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft eines Personengesellschafters in der Form, daß der Dritte vollständig in die Stellung des ausscheidenden Gesellschafters eintritt, nicht möglich. Der Tatbestand des Gesellschafterwechsels wird rechtlich so begründet, daß es sich um eine Kombination von Austritt des alten und Eintritt des neuen Gesellschafters handele, bei der keine Rechtsnachfolge stattfinde, sondern eine neue Gesellschafterstellung begründet werde. Es müssen daher sowohl beim Austritt wie beim Eintritt die verbleibenden Gesellschafter mit dem Ausscheidenden [2] bzw. dem Eintretenden einen Vertrag abschließen.

Da nach dieser Theorie keine Rechtsnachfolge des Mitgliedschaftserwerbers nach dem Veräußerer möglich ist, wird sie in ihren rechtlichen Konsequenzen oft nicht dem Willen der Vertragsparteien entsprechen.[3] Die Anwendung dieser Doppelvertragstheorie hat nämlich im Einzelfall erhebliche Nachteile für die Beteiligten zur Folge.

---

1). Zitelmann Iher.Jahrb.73,185(189ff); Würdinger Pers. Ges.§ 13 II 24.68 f; Staub-Pinner § 335 Anm. 27 u. § 109 Anm. 18 f; D-H-Flechtheim § 335 Anm.31 u. § 130 Anm.5 u.7; Rospatt Zentr.BL.HR 1931,169; Renaud aaO S. 136 f; Buchwald BB 55, 52 f; Paulick aaO 1. Aufl. 1959 S. 127; RG Z 83,312,314f; RG LZ 1914, 1380; RG Z 128, 172,176.

2). Sofern nicht Kündigung oder eins. Austritt möglich.

3). vgl.: für die stille Gesellschaft:Koenigs aaO S.246; Paulick aaO § 11 II 5 AS.142; allgemein für Personengesellschaften: BGH Z 13,179; Reinhardt ZBernJV 103, 341; Huber aaO S. 370; Pieper aaO S. 68.

So werden dem Mitgliedschaftserwerber gegen den ehemaligen Gesellschafter, der ihm gegenüber in der Regel als Veräußerer der Mitgliedschaft auftritt, bei Unregelmäßigkeiten weder Bereicherungs- noch Gewährleistungsansprüche zustehen, wenn man der " Austritt - Eintritt - Theorie " folgt, denn dann hat der Erwerber mit dem Austretenden rechtlich nichts zu tun. Die geschuldete Leistung wird durch die verbleibenden Gesellschafter erbracht, und nur gegen diese können u.U. derartige Ansprüche entstehen,[1] da der Eintrittsvertrag nur mit ihnen geschlossen wird.

Außerdem kann der neu eintretende Gesellschafter von den Gläubigern des alten Gesellschafters nicht aus § 419 BGB in Anspruch genommen werden, wenn die Mitgliedschaft im wesentlichen das gesamte Vermögen des Ausgetretenen darstellte, denn eine Übernahme vom Austretenden ist nach der " Eintritt - Austritt - Theorie " nicht erfolgt.

Ebenso verhält es sich mit der Gläubiger- und Konkursanfechtung gem. §§ 29 ff KO. 1 ff AnfG. Durch die Anfechtung sollen die Gläubiger von der Verkürzung der ihnen haftenden Vermögensmassen geschützt werden, in dem ein Rückgabeanspruch gegen den Erwerber gem. §§ 37 KO, 7 AnfG für den Fall gewährt wird, daß eine anfechtbare Rechtshandelung iSd §§ 30 - 32 KO bzw. 3 AnfG vorliegt. Da aber nach der " Austritt - Eintritt- Theorie " juristisch der Eintretende kein Erwerber der Beteiligung des Austretenden sein kann, entfällt insoweit auch ein Anfechtungsrecht.[2]

---

1). Zur Mängelhaftung beim Beteiligungskauf vgl.: Huber ZGR 1972, 395 ff.
2). Folgerichtig daher RG LZ 1914, 1380.

Schließlich spricht gegen diese Theorie ein erhebliches Risiko der wechselnden Gesellschafter. Selbst wenn sich Austretender und Eintretender über den Wechsel einig sind, so hängt es doch allein vom Willen der verbleibenden Gesellschafter ab, ob nach dem Austritt des alten Gesellschafters der neue auch aufgenommen wird. Die Kontinuität ist nicht gesichert. Diese Unsicherheit könnte nur durch zusätzliche umständliche Vertragskonstruktionen vor dem Austritt des alten Gesellschafters beseitigt werden.

2. Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft bei Personengesellschaften.

Aufgrund der aufgezeigten Unzulänglichkeiten der Doppelvertragstheorie besteht das Bedürfnis, den Mitgliedschaftsübergang als einen derivativen Erwerb der Mitgliedschaft bei Wahrung der Identität der Gesellschaft auszugestalten, wodurch der neue Gesellschafter Nachfolger des alten wird. Fraglich ist, wie eine solche Rechtsnachfolge dogmatisch zu begründen ist. Es sind dazu allgemein bei den Personengesellschaften zwei Theorien entwickelt worden.

a). Die Theorie des einfachen Verfügungsgeschäfts.

In neuerer Zeit wird immer häufiger die Ansicht vertreten, daß die Mitgliedschaft in Personengesellschaften im Wege einseitiger Verfügung des alten Gesellschafters an den neuen abgetreten werden könne, so daß eine echte Rechtsnachfolge stattfinde.

Das entspricht der ständigen Rechtsprechung [1] bis zum Urteil des BGH vom 8. 11. 1965[2]. Vor allem diejenigen Autoren, die in der Mitgliedschaft ein subjektives Recht sehen,[3] nehmen überwiegend an, daß die Übertragung der Mitgliedschaft durch einfaches Verfügungsgeschäft stattfinden könne.[4] Das ist von der Basis dieser Meinung her auch konsequent, denn ein Recht ist ohne weiteres nach den Vorschriften der §§ 413, 398 ff BGB übertragbar, soweit im Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Jedoch läßt sich die Vermutung nicht ausräumen, daß die Qualifikation der Mitgliedschaft als subjektives Recht mit zweifelhafter dogmatischer Begründung [5] nur erfolgte, um die Übertragung und damit auch die dingliche Belastung leichter vollziehen zu können.

---

1). RG DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130; BGH Z, 3,354; 13, 179; BGH WM 58, 49 f; BGH JZ 58, 665; BGH WM 61, 303; BGH BB 63,1076; BGH WM 64, 878; Dem folgten zahlr. Autoren: z.B. Baumbach-Duden § 124 Anm. 2 B; Sudhoff Pers. ges. S 26 ff; Serick aaO II S. 493.

2). BGH Z 44, 229.

3). S.o.S.

4). Wiedemann aaO S. 43 ff; Huber aaO S. 369 ff u. 387; Fischer, Großk.z.HGB § 109 Anm. 21 u. 6; Krückmann Iher.Jahrb. 74, 71; Silberschmidt Zentr.Bl.HR 1932,108 ff; Flume, FS. f. Larenz S. 774 ff, der dies als einziger ausdrücklich auch auf die stille Gesellschaft bezieht, aaO S. 776 Fußn. 27.

5). S.o.S. 39 ff.

Obgleich es in der Regelung der §§ 413, 398 ff BGB nicht vorgesehen ist, wird von allen Vertretern dieser Theorie die Zustimmung der verbleibenden Gesellschafter zur Übertragung der Mitgliedschaft für erforderlich gehalten. Das wird überwiegend damit begründet, daß die Personengesellschaft auf dem gegenseitigen Vertrauen der Partner basiere.[1)]

b). Die Theorie der Vertragsübernahme.

Dem Bedürfnis einer Rechtsnachfolge des neuen Gesellschafters nach dem alten als praktikabelste Lösung des Problems versucht auch die Theorie der Vertragsübernahme gerecht zu werden.

Wenn man bei den übrigen Schuldverhältnissen die Auswechselung der Parteien im Wege der Vertragsübernahme vornimmt, so soll dies auch bei den Personengesellschaften im Wege des Übergangs des ganzen Schuldverhältnisses erfolgen.[2)]

Dogmatisch wird diese Konstruktion auf verschiedene Weise begründet. Die sogenannte Zerlegungstheorie sah in diesem Vorgang eine Verbindung zwischen Zession und Schuldübernahme.[3)]

---

1). Wiedemann aaO S. 58 u. 66; Huber aaO S. 388; Flume, FS f. Larenz S. 776; Fischer, Großk. z. HGB § 109 A. 21 ff.
2). BGH Z 44, 229, 231; H. Westermann Hdb.RZ 391; Pieper aaO. S. 67 ff; Reinhardt ZBernJV(1967) Bd. 103 S. 329;Dieckmann aaO.S. 48; Hackenbroch aaO.S. 44 ff.
3). Demelius,Iher.Jahrb.Bd. 72 S. 241 ff; Staub-Koenigs, Anhang zu § 374 Anm. 2 a,a,E.S. 1027; v. Staudinger - Werner 9. Aufl. 1930 Einl.I z. § 398.

Dagegen erfolgt nach der sogenannten Einheitstheorie die Übertragung eines Vertragsverhältnisses als einheitlicher Vorgang in analoger Anwendung der §§ 398, 414, 415, 305 BGB, wobei wie bei der Schuldübernahme eine Zustimmung des Vertragsgegners - bei der Gesellschaft also der übrigen Gesellschafter - erforderlich sein soll. [1] Gerade in neuerer Zeit hingegen begründet man überwiegend den Vorgang mit der Vertragsfreiheit, die sich nicht nur auf inhaltliche, sondern auch auf personelle Veränderungen des entsprechenden Rechtsverhältnisses beziehen soll. [2] Dabei handele es sich eher um Rechtsfortbildung, als um eine Analogie zu §§ 398, 414, 415 BGB. Dennoch sollen diese Vorschriften richtungsweisend sein. Rechtstechnisch soll der Übergang durch einen Vertrag zwischen den Verbleibenden, dem Austretenden und dem Eintretenden vollzogen werden.

3. Rechtliche Untersuchung der Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft bei einer stillen Gesellschaft.

Für die stille Gesellschaft bleibt zu untersuchen, ob auch hier eine der beiden genannten Theorien Anwendung finden kann oder ob der Rechtsnachfolge des neuen Gesellschafters nach dem alten gesetzliche Schranken oder solche, die sich aus dem Wesen der Gesellschaft ergeben, entgegenstehen.

---

1). Siber Iher.Jahrb. Bd. 70 S. 223 ff; v. Tuhr aaO Bd. I S. 131.

2). Pieper aaO S. 188 ff; Hackenbroch aaO S. 44 ff; Ficker AcP 165, 35; Esser SchR Bd I § 56 IV 2; Larenz SchR Bd I § 35 III S. 423.

a). Die gesetzliche Regelung.

Da im Recht der stillen Gesellschaft die Übertragung der Gesellschafterstellung unter Lebenden nicht geregelt ist, muß insofern auf das Recht der BGB-Gesellschaft zurückgegriffen werden. § 719 BGB redet nur von der Übertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen. Da die stille Gesellschaft aber kein Gesellschaftsvermögen haben kann (§ 335 HGB), ist diese Vorschrift hier ohnehin nicht anwendbar.[1] Deshalb sind auch die Theorien, die die Mitgliedschaft im Anteil am Gesamthandsvermögen sehen[2], für die stille Gesellschaft unbrauchbar.

Überwiegend wird eine grundsätzliche Unübertragbarkeit von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften mit einer " erst - recht - Erwägung " aus § 717 BGB gelesen. Die Vorschrift wird aber dann für abdingbar angesehen.[3]

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. § 717 BGB spricht von der Übertragung einzelner Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Die Mitgliedschaft als komplexe Rechtsstellung wird dort nicht angesprochen. Es handelt sich lediglich um das Verbot der Abspaltung einzelner Ansprüche von der Mitgliedschaft. Wie bereits

---

1). Anders Hartmann aaO S. 88, der in § 719 einen allgemeinen Gedanken der Unübertragbarkeit von Mitgliedschaften auch für die stille Gesellschaft sieht.
2). S.o.S. 44
3). Schilling, Großk. z. HGB § 335 Anm. 66; Schlegelberger - Geßler § 335 Anm. 48; D-H-Flechtheim § 335 Anm. 31; Paulick aaO § 11 II 5 S. 141; Koenigs aaO S. 244 Fußn. 2 Böttcher-Zartmann aaO S. 58; Serick aaO Bd II. S. 493.

erörtert,[1] kann die Mitgliedschaft nicht mit den aus ihr entspringenden Rechten und Pflichten gleichgesetzt werden. Sie ist als eigene Größe zu betrachten. Die Regelung der Abspaltbarkeit einzelner Elemente von der Mitgliedschaft im Gesetz sagt noch nichts über die Übertragbarkeit der gesamten Mitgliedschaft aus. Deshalb stehen die §§ 717, 719 BGB dem derivativen Erwerb von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften und überhaupt in Personengesellschaften nicht unmittelbar entgegen.[2]

b). Bestehen einer Gesetzeslücke ?

Es bleibt zu untersuchen, ob die Nichterwähnung der Mitgliedschaft und ihrer Übertragung im Gesetz zur Folge hat, daß nur die Übertragung einzelner Ansprüche gem. § 717 S. 2 BGB möglich ist, diese Regelung also abschließend ist oder ob es sich hier um eine Gesetzeslücke handelt, die der Ausfüllung bedarf. Letzteres liegt da vor, " wo eine Regel fehlt, deren Vorhandensein nach dem Grundgedanken und der immanenten Teleologie der gesetzlichen Regelung erwartet werden kann".[3] Es handelt sich also um eine " planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts"[4]. Eine solche Unvollständigkeit des Gesetzes läge bezüglich der Übertragung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften z.B. dann vor, wenn das Gesetz bei ähnlichen

---

1). S. o. S. 46

2). so auch: Huber aaO S. 369; Dieckmann aaO S. 55 ff; Hackenbroch aaO S. 40; Kaiser aaO S. 171 f; Pförtner aaO S. 25 ff; Hueck ZHR 83, 25; Reinhardt GR RZ 102.

3). Larenz Methodenlehre S. 354.

4). Canaris, Lücken § 19 S. 30.

Rechtlagen eine entsprechende Regelung erkennen ließe.

Oben [1] wurde die Mitgliedschaft als Parteistellung im Rechtsverhältnis stille Gesellschaft bezeichnet. Es ist daher nach Regelungen bezüglich des derivativen Erwerbs von Parteistellungen in anderen Rechtsverhältnissen zu suchen.

Hier ist grundsätzlich festzustellen, daß der Gesetzgeber bei den meisten Rechtsverhältnissen keine Regelung der Übertragung von Parteistellungen getroffen hat. Lediglich in einigen Fällen ist dies erfolgt. So etwa in § 571 BGB [2] und §§ 69, 151 II VVG. Auch bei juristischen Personen des Privatrechts ist die Übertragung von Mitgliedschaften vorgesehen [3]. Geht man davon aus, daß es in der Bruchteilsgemeinschaft und der Erbengemeinschaft eine Mitgliedschaft als komplexe Rechtsstellung gibt und diese mit dem Anteil am Nachlaß bzw. der Gemeinschaft im wesentlichen gleich ist, [4] so kann man auch hier eine Übertragbarkeit von Mitgliedschaften gem. §§ 747 bzw. 2033 I BGB annehmen. Ähnliches gilt für die Übertragbarkeit eines Schiffsparts durch den Reeder gem. § 503 HGB, die auch als Mitgliedschaftsübertragung angesehen wird. [5]

---

1). S. 46
2). vgl. auch die Vorschriften, die eine entspr. Anwendung des § 571 BGB anordnen; z.B.: §§ 577, 578, 580 a, 581 II, 1056, 2135 BGB; § 30 Erbbau VO; § 37 II u. III Wohnungseigt.G.; §§ 57, 169 ZVG; § 21 III KO; § 14 BJagdG.
3). vgl./ §§ 38, 40 BGB; § 15 GmbHG; §§ 10,24,55,68 AktG.
4). so Buchda aaO S. 194 ff u. 300; Kaiser § 154 f und 159 f.
5). Schlegelberger - Liesecke § 504 Anm. 3; Schaps-Abraham II § 503 Anm. 2; Dieckmann aaO S 48; Pförtner aaO S 37; Kaiser aaO S. 163 ff.

Es stellt sich nun die Frage, ob die Regelung der Übertragung dieser Rechtsposition vom Gesetzgeber absichtlich als Ausnahme von einer grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Parteistellung in Rechtsverhältnissen getroffen worden ist oder ob es sich hier um eine partielle Berichtigung von Mängeln im Gesetz handelt.

(1) § 571 BGB ist erst bei der 2. Lesung ins Gesetz aufgenommen worden und zwar aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten[1]. Aus den Protokollen ist ersichtlich, daß zur Zeit der Schaffung des BGB noch nicht an die Notwendigkeit einer Regelung der Übertragbarkeit ganzer Parteistellungen gedacht wurde. § 571 BGB ist allein die Ausprägung des Grundsatzes " Kauf bricht nicht Miete ". Im Mietverhältnis trat die Notwendigkeit einer solchen Regelung am deutlichsten hervor. Nur hier sah man die Lücke im Gesetz und berichtigte sie.

(2) Bezüglich der §§ 69, 151 II 177 VVG handelt es sich ebenso um eine besondere Lückenausfüllung im Einzelfall. Das VVG wurde erst 1908 also nach dem BGB geschaffen. Aus der Begründung zu den Entwürfen dieses Gesetzes [2] geht hervor, daß diese Regelung getroffen wurde, um einen kontinuierlichen Versicherungsschutz ohne Schwebezustände zu schaffen. Daß dabei die gesamte Parteistellung im Rechtsverhältnis übertragen wurde und dies nicht dem System des damaligen Privatrechts entsprach, dessen war man sich offenbar nicht bewußt.

(3) Die Anteilsübertragungen gem. §§ 747, 2033 I BGB

---

1). vgl.: Protokolle zum BGB II S. 138 ff; v. Staudinger - Kiefersauer § 571 Anm. 1 u. 38.

2). Reichstagsvorlage nebst Abdruck der beiden veröffentlichten Gesetzesentwürfe Berlin 1906 S. 84, 85 u. 137.

und § 503 HGB wurden vom Gesetzgeber nicht als Übertragungen von Mitgliedschaften, also von komplexen Rechtsstellungen angesehen, sondern - wie es das Gesetz formuliert - als Übertragung eines Anteils.[1] Daß damit faktisch die gesamte Mitgliedschaft - sofern man zumindest die Stellung in der Bruchteils- oder Erbengemeinschaft überhaupt so nennen kann - übertragen wird, ist darauf zurückzuführen, daß der dingliche Anteil das entscheidende Kriterium für die Zugehörigkeit zu der jeweiligen Gemeinschaft ist. Es folgen hier also anders als bei der stillen Gesellschaft alle Nebenrechte der dinglichen Berechtigung.

(4) Die Übertragbarkeit von Aktien und GmbH - Geschäftsanteilen ist rein juristisch mit der Lage bei den stillen Gesellschaften schlecht vergleichbar. Es handelt sich hier zwar streng genommen auch um Parteistellungen in Rechtsverhältnissen, aber das Aktien- und GmbH-Recht haben diese Mitgliedschaften zu übertragbaren Anteilsrechten ausgestaltet.[2] Durch Übertragung der Aktie als Teil des Grundkapitals (§ 1 II AktG) gehen automatisch alle Gesellschafterrechte, hauptsächlich das Stimmrecht (§ 12 AktG) auf den Erwerber über. Ebenso verhält es sich bei der Übertragung der GmbH Geschäftsanteile (§ 15 GmbHG), die nach der Stammeinlage berechnet werden (§ 14 GmbHG). Der Anteil am Geschäftsvermögen ist also auch hier entscheidend für den Übergang aller anderen Berechtigungen und Verpflichtungen. Diese Konstruktion der Übertragbarkeit

---

1). vgl.: Motive § 763 a.E. S. 875
2). Pförtner aaO S. 36; J.v. Gierke HR S. 194, 355; Hueck Ges.R. S. 121 f, 234; Hachenburg-Schilling GmbHG § 15 Anm. 1.

von AG- und GmbH-Anteilen geschah hauptsächlich als Ersatz für fehlende Austritts- und Kündigungsmöglichkeiten.[1] Also sind auch hier im wesentlichen praktische Erwägungen maßgeblich gewesen für die Besonderheiten bei Mitgliedschaftsübertragung im GmbH- und Aktienrecht.

(5) Beim Verein ist die Übertragung der Mitgliedschaft grundsätzlich verboten (§ 38 BGB). Diese Vorschrift wird aber gem. § 40 BGB für dispositiv erklärt. Allein in dieser Regelung des Vereinsrechts könnte die Entscheidung des Gesetzgebers liegen, die Übertragung von Mitgliedschaften überhaupt abschließend regeln zu wollen. Doch auch das trifft nicht zu. Um die Bande der einzelnen Mitgliedschaften im Gegensatz zu der Lage bei anderen juristischen Personen möglichst eng zu halten,[2] regelte der Gesetzgeber hier die Übertragung von Mitgliedschaften in der Form, daß von einer grundsätzlichen Unübertragbarkeit auszugehen ist, die dann durch die Satzung abbedungen werden kann. Während bei AG und GmbH eine Auswechselung von Mitgliedern nicht erwünscht war, wollte man im Vereinsrecht persönliche Verbundenheiten der Mitglieder fördern. Die Notwendigkeit einer Abgrenzung der Vereinsmitgliedschaft von den Anteilen bei Kapitalgesellschaften ergab also hier die Regelung der Übertragung von Mitgliedschaften im Gesetz. Es handelt sich damit auch hier um eine Sonderregelung, die sich aus der Notwendigkeit der Sache ergab. Dabei war sich der Gesetzgeber nicht der übergreifenden Bedeutung solcher Regelungen in Bezug auf die Übertragung von Parteistellungen bewußt.

---

1). Hachenburg-Schilling aaO § 15 Anm. 1.
2). Protokolle zum BGB I S. 534; 525; v. Staudinger-Coing § 38 Anm. 2. ; Reichert - Dannecker-Kühr aaO S. 78 u. 84 IV.

Als Fazit dieser Betrachtungen läßt sich sagen, daß der Gesetzgeber in einzelnen Fällen die Notwendigkeit einer Regelung der Übertragung von Parteistellungen aus praktischen Gesichtspunkten gesehen und diese auch verwirklicht hat. Bei allen übrigen Rechtsverhältnissen fehlt jedoch eine entsprechende Regelung. Dies insbesondere bei Personengesellschaften. Das erklärt sich daher, daß der Gesetzgeber vom Prinzip her nur die einzelnen Rechte und Pflichten sah, die Parteistellung als einheitliches Gefüge jedoch nicht erkannte.[1] Es ist deshalb davon auszugehen, daß der Gesetzgeber, wenn er sich der Bedeutung von Parteistellungen als Einheit bewußt gewesen wäre, eine entweder positive oder negative Regelung ihrer Übertragung insbesondere bei Personengesellschaften gefunden hätte. Das Schweigen des Gesetzes deutet daher nicht auf eine abschließende Regelung hin. Bei der Regelung des Erwerbs von Mitgliedschaften in Personengesellschaften handelt es sich also um eine Gesetzeslücke und zwar um eine sogenannte offene Lücke,[2] denn das Gesetz läßt hier in Anbetracht der Tatsache, daß der Doppelvertrag nur zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt,[3] eine positive Anordnung bezüglich der Übertragung von Mitgliedschaften in Personengesellschaften vermissen. Diese Lücke kann durch die Mittel der Analogie, der Anwendung allgemeiner Grundsätze und der Rechtsfortbildung ausgefüllt werden.

---

1). Larenz SchR § 35 III; Pieper aaO S. 157 ff; s.o. S. 39 ff.
2). Larenz, Methodenlehre S. 357; Canaris, Lücken im Gesetz S. 136.
3). S.O.S. 51 ff.

c). Schranken aus der Rechtsnatur der Mitgliedschaft.

Zunächst bleibt zu untersuchen, ob die Lücke im Gesetz in der Form ausgefüllt werden darf, daß der neu eintretende Gesellschafter Rechtsnachfolger des alten wird. Da aus dem Gesetz nichts Gegenteiliges hervorgeht,[1] könnten sich Gegengründe nur aus der Rechtsnatur der Mitgliedschaft allgemein ergeben. Dabei ist für die stille Gesellschaft wieder auszugehen von der Definition als Parteistellung im Schuldverhältnis mit im Vergleich zu anderen Personengesellschaften geringem personen- und gemeinschaftsbezogenem Einschlag.

(1) Bezüglich der schuldrechtlichen Position eines Mitgliedes bestehen insofern wenig Bedenken. Obgleich das Gesetz die Regelung einer Übertragung von Parteistellungen in Schuldverhältnissen generell offen läßt, kennt es doch einige identitätswahrende Übergänge solcher Parteistellungen.[2] Diese können bei der Lückenausfüllung im Gesetz auch für eine Übertragung von Stellungen in anderen Schuldverhältnissen entsprechend herangezogen werden. Die Übertragung der schuldrechtlichen Stellung wird daher als zulässig angesehen.[3]

(2) Problematischer erscheint die Zulässigkeit des derivativen Erwerbs im Hinblick auf die Personen- und Gemeinschaftsbezogenheit der Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft.

---

1). vgl. S. 50 u. § 339 II HGB.
2). vgl. S. 60 ff.
3). vgl. Larenz SchR I § 35 III; Enneccerus-Lehmann § 87 I.S. 339 f; Dieckmann aaO S. 46; Kaiser aaO S. 140; Hackenbroch aaO S. 41.

Die Vertreter der " Austritt - Eintritt - Theorie " messen der Person des jeweiligen Vertragspartners eine solch starke Bedeutung bei, daß jede Änderung der Person den Inhalt des Gesellschaftsvertrages ändere und damit ein anderer Vertrag mit anderen Parteien geschlossen werde. Außerdem könne das " Gliedsein " in der Gesellschaft als Kern der Mitgliedschaft kein Gegenstand von Rechtsgeschäften sein, denn es werde bei der Auswechselung von Gesellschaftern stets eine neue Mitgliedschaft geschaffen.[1] Zieht man die gesetzliche Regelung bei allen Personenzusammenschlüssen zurate, so läßt sich eine generelle Wertung des Gesetzgebers erkennen, aus der hervorgeht, daß eine Übertragung von Parteistellungen um so schwerer möglich sein soll, je mehr das Vertragsverhältnis in seiner Ausgestaltung an die Person des jeweiligen Vertragspartners gebunden worden ist. Jedoch führt auch eine intensive Personen- und Gemeinschaftsbezogenheit niemals zu einer absoluten Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft.[2] Vielmehr kann im Wege der Parteienvereinbarung die Bindung der Mitgliedschaft an eine bestimmte Person überwunden werden.

Im Hinblick darauf, daß in der stillen Gesellschaft die Personen- und Gemeinschaftsbezogenheit ein geringeres Ausmaß als bei fast allen anderen Gesellschaftsformen hat[3], kann gesagt werden, daß hier ein derivativer Erwerb der Mitgliedschaft im Wege der Parteienvereinbarung grundsätzlich nicht zulässig ist.

---

1). Staub-Pinner § 109 Anm. 19; Zittelmann Iher. Jahrb. 73, 185 ff.
2). vgl.: Hueck GesR § 6 II 2 S. 26; Sernetz aaO S. 50 f.
3). s.o.S. 24 ff.

d). Logische Gründe gegen eine Rechtsnachfolge.

Ein anderer Einwand gegen eine Rechtsnachfolge der Gesellschafter folgt aus der Argumentation, daß aus logischen Gründen weder die Rechtsstellung des Erwerbers mit der des Übertragenden noch die Gesellschaft in ihrer neuen Zusammensetzung mit der alten identisch sein kann. Eine Gesellschaft zwischen den Gesellschaftern A und B ist danach niemals mit der Gesellschaft A - C identisch.

Allerdings könnte das Gesetz einen anderen Identitätsbegriff vorsehen. Gem. § 339 II HGB ist beim Tode des stillen Gesellschafters die Rechtsnachfolge der Erben in die Mitgliedschaft geregelt. Das bedeutet, daß das Gesellschaftsverhältnis sachlich inhaltsgleich bleiben soll. Die rechtlichen Beziehungen der Gesellschafter sollen sich nicht verändern. Damit sollen auch die Erben die gleiche Stellung im Schuldverhältnis innehaben, wie der verstorbene Gesellschafter. Obgleich die Partei ausgewechselt wird, bleibt die Parteistellung und das Rechtsverhältnis gleich. Das Gesellschaftsverhältnis und die Mitgliedschaft bleiben identisch.[1)]

Das zeigt, daß das Gesetz eine Identität anerkennt, die nach den Regeln der Logik unmöglich ist. Eine solche juristische Identität ist auch gemeint, wenn man zur Ausfüllung der Gesetzeslücke bezüglich der Übertragung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften eine Rechtsnachfolge auch bei Parteienvereinbarung annimmt.[2)] Eine logische Unmöglichkeit der Identitätswahrung steht dem derivativen Erwerb der Mitgliedschaft damit nicht entgegen.

---

1). Schlegelberger-Geßler § 339 Anm. 22;D-H-Flechtheim § 339 Anm. 22; Schilling, Großk.z.HGB § 339 Anm. 33.

2). vgl.: auch Pförtner aaO S. 44; Kaiser aaO S. 186; Fabricius JZ 67,144(147); Hackenbroch aaO S. 40; Pieper aaO S. 108; Blomeyer aaO S. 291.

e). Verletzung berechtigter Drittinteressen.

Berechtigte Interessen Dritter können durch eine einheitliche Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft nicht verletzt werden. Durch eine Auswechselung des stillen Gesellschafters werden Gläubiger des Geschäftsinhabers nicht betroffen, da der Stille nicht unmittelbar haftet.[1] Die Auswechselung des Geschäftsinhabers hat für die Gläubiger dieselbe Wirkung wie jede andere Firmenübernahme und bietet durch die Regelung der §§ 25, 26 HGB und § 419 BGB ausreichenden Gläubigerschutz. Im übrigen werden gerade durch die Vereinbarung einer Rechtsnachfolge die Privatgläubiger der Gesellschafter besser geschützt als dies bei einem Austritt und nachfolgendem Eintritt der Fall ist, denn nur bei einer Rechtsnachfolge des Eintretenden können sie Vermögensübernahmeansprüche oder Anfechtungsrechte gegen diese haben.[2] Damit kann zunächst festgestellt werden, daß dem derivativen Erwerb der Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft weder gesetzliche noch sonstige Schranken entgegenstehen. Fraglich erscheint nur, wie eine solche Übertragung dogmatisch zu begründen und wie sie rechtstechnisch abzuwickeln ist.

4. Dogmatische Begründung der Übertragung.

Hier wäre zunächst nach einer Rechtsgrundlage zu suchen, die möglichst den Inhalt hätte, daß die auf

---

1). Paulick aaO S. 186; Koenigs aaO S. 237; Rasner aaO S. 131; Schlegelberger -Geßler § 335 Anm. 51; D-H-Flechtheim § 335 Anm. 35; Schilling, Großk. z. HGB § 335 Anm. 73.

2). S.o.S. 52

Übertragung der Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft gerichteten Willenserklärung der Beteiligten den Übertragungserfolg herbeiführen. Da eine derartige Norm jedoch nicht existiert, könnte an eine analoge Anwendung spezieller Normen zur Ausfüllung der Gesetzeslücke gedacht werden.

a). Analoge Anwendung der §§ 339 II HGB, 727 I 2. Halbs. BGB?

Bei diesen Vorschriften handelt es sich um Sonderregelungen für die Erbfolge. Sie entsprechen dem in § 1922 BGB zum Ausdruck gelangten Grundsatz der Universalsukzession des Erben.[1] Ihre analoge Anwendung zur Begründung einer rechtsgeschäftlichen Übertragung entspricht nicht dem Normzweck, denn eine erbrechtliche Sonderregelung läßt sich nicht zur Begründung eines schuldrechtlichen Vorganges heranziehen. Dafür weichen der gesetzliche und der rechtsgeschäftliche Übergang zu weit voneinander ab.

Im übrigen steht hinter § 339 II HGB die Wertung, daß es im Interesse des Geschäftsinhabers liegt, beim plötzlichen Tod des stillen Gesellschafters nicht sofort das Auseinandersetzungsguthaben an den Erben zahlen zu müssen, denn das könnte ihn in Liquiditätsschwierigkeiten bringen. Diese Interessenlage ist bei der Übertragung der Mitgliedschaft nicht gegeben, denn die Einlage des stillen Gesellschafters bleibt im Vermögen des Geschäftsinhabers. Sie wäre nur dann annähernd vergleichbar, wenn der Mitgliedschaftsveräußerer ein sofortiges Kündigungsrecht hätte.

---

1). Kipp-Coing § 91 II S. 395; Erman-Bartholomeyczik § 1922 Anm. 5

Insgesamt ist eine analoge Anwendung der §§ 339 II HGB, 727 I. S. Halbs. BGB zur Ausfüllung der Gesetzeslücke bei der Übertragung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften abzulehnen.

b). Analoge Anwendung der Regeln für juristische Personen des Privatrechts.

Es ist an eine entsprechende Anwendung der §§ 38, 40 BGB, 15 GmbHG, 10, 24, 55, 68 AktG zu denken. Huber[1] wendet für die OHG und KG die Vorschriften des GmbH-Rechts entsprechend an mit der Begründung, daß es sich in beiden Fällen beim Gesellschaftsanteil um ein " Wertrecht " handele, dessen Zession auch den Übergang der Parteistellung zur Folge habe. Bei der stillen Gesellschaft hält er eine Übertragung der Mitgliedschaft für nicht möglich, da sie keine der GmbH vergleichbare Struktur aufweise.[2] Ähnliche Tendenzen klingen in den Urteilsgründen des BGH[3] an, wenn schwebende Unwirksamkeit der zustimmungslosen Anteilsübertragung ebenso wie bei der Übertragung eines vinkulierten GmbH-Anteils angenommen wird.

In diesen Argumentationen zeigt sich deutlich der grundsätzliche Unterschied zwischen den Anhängern der Theorie des einfachen Verfügungsgeschäfts und denen der Vertragsübernahmetheorie. Sieht man die Gesellschaft in erster Linie als Personenverband und den Gesellschafter als Glied desselben, steht also die Eingliederung in die Organisation[4] oder der Anteil

---

1). aaO S. 380 ff.
2). Huber aaO S. 387 D) u. S. 153 ff.
3). BGH Z 13, 186.
4). Flume in Festschr. f. Larenz 1972 S. 774; Huber aaO S. 388; s. o. S. 32 f u. 45 f.

am Gesellschaftsvermögen [1] im Vordergrund, so kann die Lage mit der bei den juristischen Personen des Privatrechts insbesondere der GmbH vergleichbar sein und in analoger Anwendung des § 15 GmbHG eine Zession des Anteils möglich sein. Das kann aber allenfalls für die Gesamthandsgesellschaften gelten, bei denen durch die gesamthänderische Verbundenheit eine stärkere organisationsrechtliche Einheit erfolgen soll. [2]

Für die stille Gesellschaft dagegen ist das Schuldverhältnis der Gesellschafter untereinander vorrangig.[3] Die Mitgliedschaft ist hier primär Parteistellung im Schuldverhältnis. Die Personen- und Gemeinschaftsbezogenheit ist zwar rudimentär vorhanden, aber zweitrangig. Ein Vergleich mit der Situation bei juristischen Personen, wo die Mitgliedschaften teilweise zu Rechten ausgestaltet sind, ist daher hier nicht möglich. Eine Übertragung der Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft durch Zession ist abzulehnen, denn abtretbar sind nach dem BGB nur Rechte und Forderungen. Der Übergang der Parteistellung in der stillen Gesellschaft vollzieht sich vielmehr im Wege der Mitgliedschaftsübernahme.

---

1). Huber aaO S. 164; Fischer in Großk. z. HGB § 109 Anm. 6 und 21.
2). vgl.: Flume ZHR 136; 179 mwN u. S. 184 ff. insbes. S. 188.
3). Nach Flume ZHR 136, 180 und Kötter aaO §. 335 Anm. 4 erschöpft sich die stille Gesellschaft sogar in den schuldrechtlichen Beziehungen.

c). Ausfüllung der Gesetzeslücke in Anlehnung an die Vertragsübernahme.

Das Institut der Vertragsübernahme wird als eine Art Rechtsfortbildung in dem Sinne angesehen," daß ein einer Regelung immanenter Gedanke zu Ende gedacht, diese selbst also gemäß verfeinerter Einsicht vervollständigt wird" [1]. Wenn wir oben [2] gesehen haben, daß der Gesetzgeber die Übertragung von Parteistellungen und Mitgliedschaften unvollständig und nur dort gelöst hat, wo es aus praktischen Gesichtspunkten notwendig war, dann ist der Gedanke der theoretischen Vervollständigung dieses Systems im Wege der Rechtsfortbildung der richtige.

Diese Fortbildung des Rechts wird heute überwiegend mit der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) begründet, die sich insofern auch auf die Personen der Vertragspartner erstreckt.[3] Es handelt sich bei dem Übernahmevertrag grundsätzlich um einen dreiseitigen Vertrag eigener Art [4] zwischen den bis-

---

1). vgl.: Pieper aaO S. 189.
2). S. 58 ff.
3). Pieper aaO S. 189; v. Staudinger - Kaduk § 305 Anm.24 a; Larenz SchR I § 35 II S. 422 f; Esser SchR I § 56 IV S. 424 f; Enneccerus-Lehmann § 87 I 2. S. 350; Markwardt aaO S. 27 ff; BGH Z 44, 229; BGH DB 1970, 441 f.
4). BGH MDR 58, 90 m. Anm. Bettermann.

herigen Vertragspartnern und dem übernehmenden Dritten, bei dessen Ausgestaltung - und nur dort - auf die Regeln der Schuldübernahme und der Zession im Wege der Analogie zurückgegriffen wird.[1] Für den hier interessierenden Fall der Mitgliedschaftsübernahme kann bei der Ausgestaltung des Vertrages noch zusätzlich die gesetzgeberische Wertung des Mitgliedschaftsüberganges bei Personenzusammenschlüssen des Privatrechts herangezogen werden. Dies etwa in der Weise, daß die Übertragung um so schwieriger sein soll, je mehr die Person des Vertragspartners in das Rechtsverhältnis eingegliedert ist.[2] Diese Konstruktion wurde vor allem von Si-ber[3] der Verfügungscharakter einer solchen Vertragsübernahme entgegengehalten. Verfügungsgeschäfte unterlägen einem numerus clausus.[4]

Die Vertreter der Vertragsübernahmetheorie halten dem entgegen, daß dies nur bei Verfügungen über dingliche Rechte, nicht aber bei Verfügungen über Forderungen und Schuldverhältnissen gelte.[5] Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Verfügung könne nämlich nicht nur ein subjektives Recht, sondern auch ein ganzes Rechtsverhältnis sein.[6] Dem Gesetz sei keine ausdrückliche

---

1). Pieper aaO S. 189 f.
2). vgl.: einerseits § 15 GmbHG, andererseits §§ 38, 40 BGB; s.o.S. 58 ff.
3). Iher. Jahrb. 70, 278.
4). so auch Flume AT § 11 5 d.S. 144.
5). Enneccerus Nipperdey 1. Teil § 143 Nr. 4 a I 1 S. 881.
6). vgl. v. Tuhr § 54 Anm. 56, 23, 4. S. 238, 240 244f; ders. DJZ 1904, 426; Larenz AT § 16 IV, S. 241 u. § 18 II c.S. 265 f; Pieper aaO S. 202 f; Kaiser aaO S. 115 u.S. 174; Molitor SchR AT § 32 S. 167; E. Wolf AT § 2 G I b 2.bb S. 128; wohl auch H. Westermann AT § I 2. S 51 f. a.M:Lehmann-Hübner § 15 II 1 S. 113; Enneccerus-Nipperdey 2. Teil § 143, 4 a II; Hadding FS f.Reinhardt S. 252; Flume AT § 11 5b S. 140 f;Soergel-Hefermehl § 104 Vorbem.9; Huber aaO S. 366; BGH Z 1, 194 (304).

Wertung zu entnehmen, daß unbedingt nur über Rechte verfügt werden könne. Im Gegenteil sei in den meisten Vorschriften[1] nur von Verfügungen über einen Gegenstand die Rede. Als Gegenstände i.S. d. Gesetzes werden neben Sachen und Rechten auch die Rechtsverhältnisse angesehen. Dies aber nur, soweit sie veränderbar ausgestaltet sind,[2] Verfügungen über sie also nicht gesetzlich ausgeschlossen sind. Ein numerus clausus bestehe in Bezug auf Rechtsverhältnisse nicht, denn dann wäre § 305 BGB, der gerade keine abschließende Regelung beabsichtige, sinnlos.[3] Viele Einwirkungen auf Rechtsverhältnisse seien in ihrer Auswirkung nicht anders zu erklären, denn als Verfügungen über das entsprechende Verhältnis. So müßten Rücktritt, Kündigung, Änderungs- und Aufhebungsvertrag sowie erst recht die Vertragsübernahme als solche Verfügungen über das Schuldverhältnis insgesamt angesehen werden.

Dieser Vertragsübernahmelehre ist insoweit zuzustimmen, als sie die Meinung vertritt, daß Verfügungen nicht nur über Rechte möglich sind, sondern allgemein über Rechtsgegenstände. Die daran anschließende Folgerung, daß im Rahmen der Vertragsübernahme über Rechtsverhältnisse als Rechtsgegenstände verfügt werde, ist m. E. nicht zutreffend.

Der Begriff des Rechtsgegenstandes ist im Gesetz nicht

---

1). vgl.: §§ 135, 161 I. 185 I, 719 I, 747 S. 2, 816 I, 1085 S. 1, 1419 I, 2040 I, 2205 S. 1 BGB.
2). vgl.: v. Tuhr § 54 I. S. 240.
3). Pieper aaO S. 189.

eindeutig definiert. Vom Wortsinn her kann man entnehmen, daß es sich hierbei um das Objekt eines Rechtes handelt. Wie nämlich unsere Rechtsordnung Rechte, Rechtsverhältnisse und Rechtssubjekte kennt, so gibt es auch Rechtsobjekte, an welchen wiederum Rechte und Rechtssubjekte innerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse bestehen.[1] Als Rechtsgegenstand kann deshalb alles angesehen werden, was vom Menschen irgendwie beherrschbar ist und ihm von der Rechtsordnung zugeordnet ist.[2] Darunter fallen vor allem Sachen und Rechte.

Das Gesetz selbst benutzt den Begriff des Gegenstandes aber differenzierter. Dort wo das BGB das Wort Gegenstand gebraucht, steht es meist im Zusammenhang mit einer Verfügung über diesen Gegenstand.[3] Larenz [4] unterscheidet daher einerseits zwischen " Rechtsgegenständen erster Ordnung," worunter als Rechtsobjekte im engeren Sinne Gegenstände von Herrschafts- und Nutzungsrechten also hauptsächlich Sachen und Geisteswerke zu verstehen sind, und andererseits " Rechtsgegenständen zweiter Ordnung", unter die er die Gegenstände von rechtsgeschäftlichen Verfügungen faßt. Als solche Rechtsgegenstände zweiter Ordnung sollen Rechte und Rechtsverhältnisse anzusehen sein. Dies ergebe sich daraus, daß das Gesetz unter einer Verfügung ein solches Rechtsgeschäft verstehe, durch das auf ein bestehendes Recht oder Rechtsverhältnis eingewirkt, es aufgehoben, übertragen, eingeschränkt ("belastet"), oder inhaltlich

---

1). Enn.-Nipp. § 77f).S. 289.
2). H. Westermann AT BGB § 9 I 2 S. 51 f.
3). o. §§ 135 Abs. 1, 161 Abs. 1, 185 Abs.1,719, 747 S. 2, 816 Abs. 1. 1085, 1419 Abs. 1, 2040 Abs. 1, 2205 S. 2.
4). AT § 16.

verändert werde.[1] Die Verfügung über ein Rechtsverhältnis sei unter anderem bei der Vertragsübernahme zu erkennen.

Allerdings spricht Larenz an anderer Stelle [2] im Zusammenhang mit der Vertragsübernahme von der " Übertragbarkeit der Rechtsstellung im Schuldverhältnis". Nach seiner eigenen Terminologie wird also durch diesen Übertragungsakt nicht über das Rechtsverhältnis insgesamt, sondern über die Parteistellung im Rechtsverhältnis verfügt.

Rechtsgegenstand einer Verfügung kann m.E. auch die Parteistellung im Rechtsverhältnis sein. Sie ist beherrschbares Zuordnungsobjekt, über welches innerhalb des Rechtsverhältnisses verfügt wird. Obwohl die Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft also kein subjektives Recht und kein Rechtsverhältnis ist, handelt es sich bei ihr um einen Rechtsgegenstand über den verfügt werden kann. In Wirklichkeit tun auch die Anhänger der Vertragsübernahmelehre nichts anderes, als die jeweilige Parteistellung im Rechtsverhältnis zu übertragen. Man sollte deshalb nicht von Vertragsübernahme, sondern von Übernahme der Parteistellung oder bei Gesellschaften von Mitgliedschaftsübernahme[3] reden.

Im Hinblick auf diese Verfügung über die Parteistellung ist aber zu beachten, daß die Parteistellung ein Element des Rechtsverhältnisses ist. Ohne das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ist die Parteistellung

---

1). Larenz AT § 16 IV.
2). AT § 12 I Anm. 1.
3). so auch Pieper aaO S. 69 Fußn. 33 u. S. 83.

nicht denkbar. Deshalb ist bei der Verfügung über die Parteistellung stets das " in Beziehung stehen " insoweit zu beachten, als durch die Verfügung über die Parteistellung nicht die sich aus dem Rechtsverhältnis ergebende Einflußmöglichkeit einzelner Mitglieder auf die Parteistellung eines anderen eingeschränkt werden darf.

Alle Schuldverhältnisse haben gemeinsam, daß derjenige welcher vertragliche Verpflichtungen übernommen hat, daran festgehalten werden soll. Es gibt Rücktritts- und Kündigungsvorschriften. Die Person des Vertragspartners soll nicht ohne weiteres ausgewechselt werden können, es sei denn, die übrigen Vertragspartner sind damit einverstanden. Die Verfügung über die Parteistellung im Schuldverhältnis setzt damit das Einverständnis aller Parteien des Schuldverhältnisses voraus. Wie beim Miteigentum an einer Sache die Verfügungsmacht darüber nur allen Miteigentümern gemeinsam zusteht, so steht auch die Verfügungsmacht über eine Parteistellung nicht einem Einzelnen zu, sondern den an dem Rechtsverhältnis Beteiligten gemeinsam.

Diese Verfügungsmacht steht nicht dem neu in das Rechtsverhältnis Eintretenden zu, denn er ist vor seinem Eintritt noch nicht vertraglich gebunden. Die Übernahme der Parteistellung stellt sich für ihn als ein Verpflichtungsgeschäft dar.[1)] Erst nach der Übernahme ist er gemeinsam mit den übrigen Vertragspartnern hinsichtlich der Parteistellungen verfügungsberechtigt. Die Verfügungsbefugnis über die Parteistellung kann allerdings auch dem Einzelnen durch das Gesetz oder Vertrag eingeräumt werden.[2)]

---

1). Larenz SchR AT § 35 III.
2). Larenz AT § 18 II c.

Zu beantworten bleibt die Frage, in welcher Form über die Parteistellung im Rechtsverhältnis verfügt wird. Eine Verfügung kann durch Vertrag oder durch einseitiges Rechtsgeschäft je nach der Beschaffenheit des Verfügungsgegenstandes erfolgen.[1] Da die Parteistellung mit dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis verknüpft ist und die Interessen der übrigen Beteiligten am Rechtsverhältnis berücksichtigt werden müssen, ist bei einer Verfügung über sie die Form des Verfügungsvertrages erforderlich. Auch insoweit bestehen also Gemeinsamkeiten mit der Vertragsübernahmelehre. Die Übertragung der Parteistellung geschieht demzufolge in der Weise, daß sich der Veräußerer, der Erwerber und die übrigen am Rechtsverhältnis beteiligten Personen über den Übergang einigen. Dabei bleibt es der vertraglichen Ausgestaltung des einzelnen Rechtsverhältnisses überlassen, z.B. die Mitwirkung der übrigen Vertragsbe-teiligten einzuschränken.[2]

Auf die Verhältnisse bei der stillen Gesellschaft angewandt, bedeuten die vorhergehenden Überlegungen folgendes: Die Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft als Parteistellung im Rechtsverhältnis ist ein Rechtsgegenstand [3], über den verfügt werden kann. Die Verfügung erfolgt in Form eines Vertrages zwischen allen Gesellschaftern und dem neu Eintretenden. Sie ist als Mitgliedschaftsübernahme zu bezeichnen. Bei der Ausgestaltung des Mitgliedschaftsübernahmevertrages kann auf die Regeln der Schuldübernahme, der Zession und auf die gesetzgeberische Wertung des Mitgliedschaftsübergangs bei anderen Personenzusammenschlüssen des Privatrechts zurückgegriffen werden.

---

1). vgl.: v. Tuhr aaO S 154 I S. 242.
2). S.u.S. 83 ff.
3). Auch Flume in Festschr. f. Larenz S. 782 spricht von einer " Vergegenständlichung" der Beteiligung an Personengesellschaften.

II.: Die praktische Ausgestaltung der Mitgliedschaftsübernahme.

1. Veräußerung der Mitgliedschaft durch den Austretenden.

Die Mitgliedschaftsübernahme mit dem Erfordernis eines mehrseitigen Vertrages eigener Art, bei dem alle Gesellschafter und der Mitgliedschaftserwerber mitwirken müssen, kann als schwerfälliges Instrument bezeichnet werden. Dies zumindest dann, wenn es sich um eine große Anzahl von Gesellschaftern handelt, die alle an dem Übernahmevertrag beteiligt werden sollen. Es bleibt zu untersuchen, inwieweit der Austretende allein mit dem Eintretenden den Übergang der Mitgliedschaft durchführen kann.

a). Bevollmächtigung des Veräußerers.

Eine Übernahme ist zunächst in der Form möglich, daß der Austretende durch die verbleibenden Gesellschafter zu einem entsprechenden Übernahmevertrag bevollmächtigt wird. Da der Austretende jedoch auch selbst Vertragspartei ist, muß er zusätzlich von der Beschränkung des § 181 BGB befreit werden.[1)] Er schließt dann den Übernahmevertrag im eigenen Namen und im Namen der Mitgesellschafter mit dem Erwerber. Mit der Bevollmächtigung erhält der veräußernde Gesellschafter auch die Ermächtigung, über seine Mitgliedschaft zu verfügen. Die übrigen Gesellschafter, die mit ihm gemeinsam verfügungsberechtigt sind, stimmen der Über-

1). vgl. v. Staudinger-Coing § 181 Anm. 17; Palandt-Heinrichs § 181 Anm. 4 a.

tragung der Mitgliedschaft zu.[1] Ist der Veräußerer nicht bevollmächtigt und von der Beschränkung des § 181 BGB befreit, oder haben die übrigen Gesellschafter nur der Übertragung nicht zugestimmt, so tritt schwebende Unwirksamkeit des Vertrages gem. § 177 I BGB[2] ein, die durch Genehmigung der übrigen Gesellschafter beseitigt wird.

b). Übertragung durch den Austretenden im eigenen Namen.

Fraglich erscheint, ob auch dann eine wirksame Übernahme der Mitgliedschaft vorliegt, wenn der Veräußerer den Vertrag nicht im Namen des oder der Vertretenen abschließt, sondern ausschließlich im eigenen Namen, die anderen Gesellschafter später aber zustimmen. Hier könnte das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 II BGB verletzt sein.

Auszugehen ist dabei wiederum von dem mehrseitigen Vertrag, an dem alle Teile grundsätzlich mitwirken sollen. Wird nun bei Vertragsschluß die Vertretereigenschaft des Veräußerers nicht ausdrücklich genannt, so muß doch davon ausgegangen werden, daß der Eintretende sich bei Vertragsschluß der Bedeutung der Mitgliedschaftsübernahme als mehrseitigem Vertrag bewußt ist, denn er weiß, daß außer dem Veräußerer mindestens noch ein anderer Gesellschafter vorhanden ist, zu dem er als neuer Gesellschafter in Rechtsbeziehungen tritt.

---

1). vgl. § 185 BGB.
2). Im Fall d. § 181 BGB entspr. § 177 I BGB.

Das weiß auch der Veräußerer, der sich damit notgedrungen irgendwie als Vertreter des oder der übrigen Gesellschafter fühlen muß. Verzichtet nun der Erwerber, zu dessen Gunsten ja das Offenkundigkeitsprinzip besteht, auf eine direkte Mitwirkung der verbleibenden Gesellschafter, so kann er nur annehmen, daß diese durch den Veräußerer vertreten werden. Es ist daher in diesem Fall eine sogenannte stillschweigende Vertretung anzunehmen.[1] Der Auffassung, daß hier ein noch anzuerkennender Fall der mittelbaren Stellvertretung vorliege,[2] kann nicht gefolgt werden. Allerdings wird es sich bei der genannten Übertragung der Mitgliedschaft im eigenen Namen oft um die Verfügung eines Nichtberechtigten (bezüglich der Verfügungsmacht der übrigen Gesellschafter) handeln, die gem. § 185 I BGB mit Einwilligung der anderen Gesellschafter wirksam ist. Die Zustimmung kann sowohl vor als auch nach dem Übernahmevertrag erfolgen. Es handelt sich bei einer solchen Verfügungsermächtigung jedoch immer um eine abgeleitete Befugnis. Die übrigen Gesellschafter bleiben stets auch selbst weiter verfügungsbefugt.(§ 137 S. 1 BGB).

c). Einführung der Mitgliedschaftsübernahme durch den Gesellschaftsvertrag.

Das Einverständnis der verbleibenden Gesellschafter zur Übertragung der Mitgliedschaft kann auch in einer Klausel des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck gebracht werden. Gerade in dem hier

---

1). vgl.: Palandt-Heinrichs § 167 Anm. 1a; v.Staudinger-Coing § 164 Anm. 6; Larenz SchR AT § 35 III S. 423 Anm. 2.
2). Hackenbroch aaO S. 51.

besonders interessierenden Fall der Beteiligung mehrerer Stiller an einer GmbH durch einen gemeinsamen Gesellschaftsvertrag wird die Ausgestaltung der einzelnen Beteiligungen als frei veräußerlich relevant.

Auch eine solche Klausel im Gesellschaftsvertrag ist als Bevollmächtigung des entsprechenden Gesellschafters zur Vornahme der Mitgliedschaftsübernahme anzusehen.[1] Bezüglich des Übertragungsaktes selbst handelt es sich um einen Fall der Verfügungsermächtigung iSd § 185 I BGB. Die Mitgesellschafter können sich in der Ermächtigungsklausel gleichzeitig verpflichten, ihre Teilverfügungsmacht über das Gesellschaftsverhältnis insoweit nicht zu gebrauchen (§ 137 S. 2 BGB), als es sich um Verfügungen handelt, die nicht gegen die gesellschafterliche Treuepflicht verstoßen. Durch eine derartige Vertragsgestaltung wird praktisch im Wege der Vertragsfreiheit die Übertragbarkeit von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft eingeführt.[2]

Das bedeutet jedoch nicht, daß die Mitgliedschaft durch den Gesellschaftsvertrag zu einem verkehrsfähigen Recht ausgestaltet worden ist.[3]

---

1). so Hueck JZ 54, 505; Wiedemann aaO S. 67; Soergel-Hefermehl § 135/36 Anm. 2.
2). So im Ergebnis f.d.Pers.Ges.:Langmaak aaO S 33 f; Wiedemann aaO S. 67; Hackenbroch aaO S 52; Palandt-Thomas § 717 Anm. 1a; Hueck ZHR 83,32 f; Enneccerus-Lehmann § 177 III 2 A.715; Soergel-Schultze-v.Las. § 719 Anm. 5; f.d.st.Ges. Koenigs S. 248; Hartmann S. 88.
3). so aber: Hackenbroch aaO S. 52; Wiedemann aaO S. 62 ff.

Auch sollte nicht von einer Abtretung der Mitgliedschaft gesprochen werden.[1] Einmal ist es dogmatisch untragbar, die Parteistellung im Schuldverhältnis als Recht zu bezeichnen,[2] zum anderen ist eine solche Parteistellung nicht nach §§ 398 ff, 413 BGB abtretbar, sondern nur durch Vertrag aller Beteiligten übertragbar. Die Verfügungsmacht steht nur den Parteien gemeinsam zu.[3] Auch bei der Übertragbarkeitsklausel im Gesellschaftsvertrag ist daher am Grundtypus des Mitgliedschaftsübernahmevertrages festzuhalten.[4]

Bei der Vertragsgestaltung ist zu empfehlen, daß sich die Klausel im Gesellschaftsvertrag nur auf Verfügungen bezieht, die der gesellschafterlichen Treuepflicht entsprechen. Verfügt dann ein Gesellschafter treuwidrig über seine Mitgliedschaft, so dürfen die verbleibenden Gesellschafter trotz ihrer Verpflichtung zum Nichtgebrauch der Verfügungsmacht wieder über die Mitgliedschaft mitverfügen. Sie konnten sich dieser Macht ja nicht vollständig begeben (§ 137 S. 1 BGB). Der Verstoß gegen die rein schuldrechtliche Verpflichtung zum Nichtgebrauch (§ 137 S. 2 BGB) hätte im Normalfall zu Schadenersatzansprüchen des Mitgliedschaftsveräußerers geführt.[5]

---

1). so: BGH Z 13, 179 ff; Fischer, Großk.z. HGB § 109 Anm. 22; Serick II § 29 V 1; Sudhoff Pers.Ges. S. 262.
2). S.o.S. 39 ff.
3). S.o.S. 71 ff.
4). Thiele aaO S. 99.
5). Larenz AT S. 265; Enn.-Nipp. § 144 II 3 S. 891.

Verstößt jedoch der Veräußerer gegen die Treuepflicht bei der Auswahl des Erwerbers oder aus ähnlichen Gründen, so entfällt diese Schadensersatzpflicht der Verbleibenden, da ihr Eingreifen auf vertragswidrigem Verhalten des Veräußerers beruht. Ein Festhalten an der Vertragsklausel kann ihnen nicht mehr zugemutet werden. [1)]

Durch die aufgezeigte Vertragsklausel wird dem Bedürfnis nach Ausgestaltung vor allem stiller Beteiligungen zu verkehrsfähigen Gegenständen Rechnung getragen. Die stille Gesellschaft, die Personengesellschaft ist, kann durch besondere Ausgestaltung [2)] kapitalistische Züge annehmen, so daß der Wechsel der Personen zu einer unwesentlichen Veränderung herabsinkt.[3)] Dennoch wird dem Typus der stillen Gesellschaft als Personengesellschaft dadurch Rechnung getragen, daß die Beteiligung aller Gesellschafter am Übernahmevertrag grundsätzlich möglich bleibt, diese Rechtsmacht jedoch durch Verpflichtungsgeschäft abgeändert werden kann.

d). Überlegungen zum Zustimmungserfordernis.

Die aufgezeigten Kunstruktionen zeigen deutlich, die Richtigkeit der Lösung des Problems durch Mitgliedschaftsübernahme im Gegensatz zu der Theorie des einfachen Verfügungsgeschäfts. Auch die Vertreter der letzteren vertreten die Ansicht, daß die verbleibenden Gesellschafter in irgendeiner Weise

---

1). Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 2 bb).
2). S.o.S. 26 ff.
3). vgl. Hueck ZHR 83, 32; ders. in FS.f.Lehmann 1937 S. 241.

an der Übertragung beteiligt werden müssen, also zustimmen sollen.[1] Da die §§ 398 ff, 413 BGB jedoch ein solches Erfordernis nicht vorsehen, gelangt man zu Konstruktionsschwierigkeiten. § 185 I BGB greift nicht ein, weil nach dieser Theorie die Gesamtverfügungsmacht dem veräußernden Gesellschafter zusteht, er also Berechtigter ist. Dennoch nehmen die Vertreter dieser Theorie ein Zustimmungserfordernis an und begründen es mit dem Eingriff in die Rechtsspäre der übrigen Gesellschafter,[2] dem persönlichen Vertrauen der Gesellschafter [3] sowie dem mußmaßlichen Parteiwillen und dem typischen Charakter der Personengesellschaft.[4]

So einfach läßt sich jedoch ein Zustimmungserfordernis nicht begründen. Das Gesetz geht von verschiedenen Grundformen bei der Ausgestaltung von Rechtsgeschäften aus. Grundsätzlich sind Zustimmungstatbestände im Gesetz (z.B. §§ 177,185 BGB) aufgeführt. Man spricht insofern von einem numerus clausus der Zustimmungstatbestände.[5] Eine Ausweitung dieses numerus clausus etwa auf §§ 398, 413 BGB ist nur unter erschwerten Bedingungen und immer in Anlehnung an die bestehenden Strukturtypen der Zustimmungstatbestände möglich. Allein mit dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses oder mit allgemeinen Grundsätzen läßt sich das Vorliegen eines Zustimmungstatbestandes jedenfalls nicht begründen.

---

1). Huber aaO S. 388 ff; Wiedemann aaO S. 58,66; Flume FS.f. Larenz S. 776; Fischer GroßK.z.HGB § 109 Anm. 22,23; § 130 Anm. 11; BGH Z 13,179(184).
2). BGH Z 13, 179(184).
3). Wiedemann S. 58; Koenigs aaO S. 245; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 48; Paulick aaO S. 142; Hartmann aaO S. 88; Böttcher-Zartmann aaO S. 58.
4). Huber aaO S. 388.
5). vgl.: Thiele aaO S. 215.

Bei der Übertragung der Mitgliedschaft wird das zugrundeliegende Vertragsverhältnis, also das Gesellschaftsverhältnis, verändert.[1] Es erscheint daher vielnaheliegender, das Prinzip des § 305 BGB beizubehalten, nach dem auch Vertragsänderungen der vertraglichen Vereinbarung bedürfen, wobei sich jedoch einzelne Vertragspartner vertreten lassen und Mitgesellschafter zur Verfügung ermächtigen können. Eine Zustimmung iSd §§ 182, 184 BGB ist also hier nur bezüglich abgeleiteter Befugnisse möglich.

2. Verpflichtung der verbleibenden Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Mitgliedschaftsübernahme.

Die Eigenart der stillen Gesellschaft als Innengesellschaft, ihre nahe Verwandtschaft mit den partiarischen Rechtsverhältnissen sowie die Möglichkeit einer starken kapitalmäßigen Beteiligung ohne besonders enge persönliche Zusammenarbeit weisen darauf hin, daß ein Gesellschafterwechsel häufiger als bei anderen Personengesellschaften stattfinden wird. Das führt zu der Frage, ob nicht in bestimmten Fällen allein schon aufgrund der Tatsache, daß es sich um eine stille Gesellschaft handelt, auch ohne ausdrückliche Übertragungsklausel im Gesellschaftsvertrag eine Mitwirkung des oder der verbleibenden Gesellschafter bei der Veräußerung der Mitgliedschaft erwartet werden kann. Das etwa aus dem Grund, weil eine gegenteilige Reaktion der verbleibenden Gesellschafter gegen ihre Treuepflicht verstoßen könnte.

Da die Situation beim Wechsel des Geschäftsinhabers und des stillen Gesellschafters insoweit verschieden ist, muß die Untersuchung bei beiden Gesellschaftertypen getrennt vorgenommen werden.

---

1). so auch BGH Z 13,184.

a). Der Wechsel des stillen Gesellschafters.

Ob eine Mitwirkung [1] des Geschäftsinhabers und soweit erforderlich weiterer stiller Gesellschafter zur Übertragung der Mitgliedschaft eines Stillen gefordert werden kann, ist eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrages. Dabei ist auf den ursprünglichen Willen der Parteien und den Sinn und Zweck des Vertrages abzustellen.[2]

Hier ist einerseits das Interesse des Geschäftsinhabers zu berücksichtigen, der einen ständigen Wechsel des stillen Gesellschafters vermeiden will, weil er sich sonst der Gefahr aussetzt, daß der neue stille Gesellschafter seine Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis in einer für ihn unbequemen Art und Weise wahrnimmt. Dies umso mehr, wenn die Befugnisse des Stillen laut Gesellschaftsvertrag über die gesetzlich bestimmten hinausgehen, wie z.B. bei der atypischen stillen Gesellschaft.

Auf der anderen Seite steht das Interesse des stillen Gesellschafters, über seine Beteiligung verfügen zu können, zumindest in finanziellen Situationen, in denen er zur " Versilberung" seiner Vermögenswerte und damit auch der stillen Beteiligung gezwungen ist. Die Kündigung der Beteiligung wäre hier in Anbetracht der Kündigungsfristen (§§ 399, 132 HGB) oft zu umständlich. Außerdem wird in der Regel die stille Beteiligung wertvoller sein, als das Auseinandersetzungsguthaben.

---

1). Unter Mitwirkung ist sowohl die unmittelbare Teilnahme beim Abschluß des Übernahmevertrages als auch die Bevollmächtigung bzw. Genehmigung für den Veräußerer zur Übertragung seiner Mitgliedschaft zu verstehen.

2). vgl.: Staudinger-Coing § 135 Anm. 37; Palandt-Heinrichs § 157 Anm. 2 a.

Ein besonderes Interesse der übrigen stillen Gesellschafter im Falle der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft an dem Verbleiben des Veräußerers ist vordergründig nicht erkennbar. Natürlich kann das im Einzelfall besonders im Hinblick auf die Zahlungsfähigkeit oder die Geschäftstüchtigkeit des Veräußerers anders sein.

Zu beachten ist bei der Vertragsauslegung noch die grundsätzliche Verpflichtung aller Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag, den Gesellschaftszweck zu fördern.

Insgesamt läßt sich folgender Grundsatz für die ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrages bezüglich einer Verpflichtung des Geschäftsinhabers zur Mitwirkung bei der Veräußerung der Mitgliedschaft eines stillen Gesellschafters aufstellen:
Je geringer die Einflußmöglichkeiten des veräußernden stillen Gesellschafters auf die Geschehnisse bei der Führung des Handelsgeschäfts sind und je schwerwiegender für ihn die finanziellen Gründe sind, die einen Verkauf der Beteiligung erfordern, umso eher wird es dem ursprünglichen Willen der Beteiligten und dem Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages entsprechen, daß der Stille vom Geschäftsinhaber nach Treu und Glauben die Mitwirkung bei der Veräußerung seiner Mitgliedschaft verlangen kann.

Umgekehrt kann von dem Geschäftsinhaber auch bei akutem Geldbedarf des stillen Gesellschafters eine Mitwirkung dann nicht verlangt werden, wenn die Einflußrechte des Stillen auf die Geschäftsführung so stark ausgestaltet sind, daß die Übertragung dieser Position auf einen Dritten für den Geschäftsinhaber

eine Gefahr hinsichtlich des reiblungslosen Betreibens des Handelsgewerbes darstellt.[1)]

Das bedeutet nun nicht, daß für den Normalfall der typischen stillen Gesellschaft die Übertragbarkeit von stillen Beteiligungen auch ohne Übertragungsklausel im Gesellschaftsvertrag und ohne sonstige Mitwirkung des Geschäftsinhabers eingeführt ist.[2)] Es bedeutet nur, daß in den Fällen, in denen die stille Beteiligung dem Darlehn bzw. der Kapitalgesellschaft stark angenähert ist, der Geschäftsinhaber seine Mitwirkung bei der Mitgliedschaftsübernahme aus Treu und Glauben nicht verweigern darf. Gegebenenfalls kann der Stille auf Vornahme der Mitwirkungshandlung klagen und gem. § 888 I ZPO vollstrecken. Schwierigkeiten im Einzelfall sind durch andere Maßnahmen auszugleichen. So ist es etwa möglich, die starken Überwachungs- und Entscheidungsrechte eines stillen Gesellschafters von der Übertragung durch Änderung des Gesellschaftsvertrages so zu reduzieren, daß dann von dem Geschäftsinhaber eine Mitwirkung aus Treu und Glauben verlangt werden kann. Allerdings kann dadurch der Wert der Beteiligung erheblich sinken.

Eine andere Möglichkeit wäre die, daß der stille Gesellschafter den Dritten in der Weise an seiner Beteiligung unterbeteiligt, daß er selbst praktisch nur noch als Strohmann fungiert. Dazu bedarf es nicht der Mitwirkung des Geschäftsinhabers.[3)] Unter Umständen

---

1). ähnlich auch: Koenigs aaO S. 259 f; Hartmann aaO S. 91 ff.
2). so aber: Lastig bei Endemann I § 140 VII S.743 f.
3). vgl.: Paulick aaO § 8 IV S. 109 ff; Böttcher-Zartmann aaO S. 24; Koenigs aaO S. 26; Schilling in GroßK.z. HGB § 161 Anm. 30.

kann dann sogar der Unterbeteiligte zur Ausübung der Kontrollrechte bevollmächtigt werden.[1] Oft wird jedoch eine solche Ausgestaltung als unzulässige Umgehung (§ 138 BGB) der Mitgliedschaftsübernahme zu werten sein.[2]

Schließlich bliebe dem Stillen noch die Möglichkeit, die Gesellschaft gem. §§ 339 I, 132 HGB fristgemäß zu kündigen und sich damit gem. § 340 HGB sein Auseinandersetzungsguthaben auszahlen zu lassen. Da diese Kündigung jedoch sechs Monate zum Schluß eines Geschäftsjahres erfolgen muß, wird sie für den Stillen oft wertlos sein. Allein die außerordentliche Kündigung gem. §§ 339 I. S. 2 HGB, 723 BGB käme den Zielen des Stillen nahe. Jedoch wird es dafür oft an einem wichtigen Grund fehlen.

b). Veränderungen auf Seiten des stillen Gesellschafters, die einem Gesellschafterwechsel gleichkommen könnten.

Eine ähnliche Wertung wie beim vollständigen Wechsel des stillen Gesellschafters ist auch vorzunehmen, wenn bei dem Stillen, der ja selbst auch eine Gesellschaft sein kann,[3] ein Gesellschafterwechsel oder eine Änderung der Rechtsform stattfinden soll.

---

1). s.u.S. 162
2). vgl.: BGH NJW 70,468; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 5 h). und t).
3). Paulick aaO S. 56 ff; Koenigs aaO S. 14 ff.

Grundsätzlich ist festzustellen, daß für solche Veränderungen beim stillen Gesellschafter die Regeln gelten, die für die entsprechende Rechtsform einschlägig sind, in der er auftritt. Durch die Tatsache jedoch, daß das entsprechende Gebilde gleichzeitig stiller Gesellschafter ist, kann sich aus dem Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft, sei es ausdrücklich oder durch Auslegung, etwas anderes ergeben, denn es liegt ja faktisch eine Änderung in der Person des stillen Gesellschafters vor. [1)]

Dennoch besteht ein Unterschied zwischen dem vollständigen Gesellschafterwechsel und sonstigen Veränderungen in der Rechtsform oder Personenzusammensetzung des jeweiligen Gesellschafters.[2)] Zum vollständigen Gesellschafterwechsel ist grundsätzlich ein Vertrag mit dem oder den verbleibenden Gesellschaftern erforderlich. Verweigern diese die Mitwirkung, so kommt grundsätzlich der Wechsel nicht zustande. Dagegen hat der Verbleibende auf die Veränderung der Rechtsform oder der Gesellschafterkonstellation des Stillen unmittelbar keinen Einfluß. Für ihn sind lediglich die Auswirkungen dieser Veränderungen auf die stille Gesellschaft maßgeblich. Es könnte eine Verletzung der Pflichten des stillen Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrag vorliegen. Daneben ist jedoch auch eine Reihe von Fällen denkbar, in denen solche Veränderungen durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag gedeckt sind.[3)] Ergibt sich auch keine ausdrückliche Regelung aus dem Vertrag, so kann

---

1). Paulick aaO S. 169; Hueck FS f. Lehmann 1937 S. 255.
2). anderer Auffassung:Koenigs aaO S. 259
3). Beispiele s.u.S.

doch eine solche Veränderung dem mußmaßlichen Willen der Vertragsparteien entsprechen. Ob das der Fall ist, muß durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden.

Hierbei zeigt sich ein grundsätzliches Interesse des Geschäftsinhabers daran, die Verhältnisse beim stillen Gesellschafter nicht derart umgestalten zu lassen, daß die entscheidenden Überwachungs- und Einwirkungsbefugnisse (insbesondere gem. § 338 HGB) faktisch anderen Personen zustehen. Zu berücksichtigen ist dabei auch wieder der Umfang der Einwirkungsmöglichkeiten des Stillen insgesamt. Auch wird entscheidend sein, wer auf Seiten des Stillen aufgrund der jeweiligen Rechtsform für die Einlage haftet, die in das Vermögen des Geschäftsinhabers zu leisten ist. Ist nämlich die Einlage noch nicht geleistet, wird ein Wechsel auf Seiten des Stillen nur dann die Interessen des Geschäftsinhabers nicht beeinträchtigen, wenn nicht derjenige austritt, auf dessen Finanzkraft der Geschäftsinhaber bei Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses vertraut. Besonders dann, wenn der Stille in Form einer Personengesellschaft auftritt, ist das Vertrauen, das der Geschäftsinhaber in die Personen setzt, die diese Gesellschaft tragen, schützenswert.

Andererseits ist das Interesse des stillen Gesellschafters zu berücksichtigen, seine Rechtsform und Gesellschaftskonstellation so zu wählen, daß sie für ihn aus wirtschaftlichen und steuerlichen Gesichtspunkten möglichst günstig sind.

Aus dieser Interessenlage ergibt sich die Wertung, daß eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages der

stillen Gesellschaft auf Seiten des Stillen immer dann nicht besteht, wenn auch nach dem Gesellschafterwechsel oder der Änderung der Rechtsform die Ausübung der Kontroll- und Einwirkungsbefugnisse im wesentlichen in denselben Händen verblieben ist. Dagegen können Veränderungen, die einem Gesellschafterwechsel in der stillen Gesellschaft sehr nahe kommen, den Gesellschaftsvertrag verletzen. Die Maßstäbe dürfen hier aber nicht zu streng angelegt werden, denn grundsätzlich kann jeder Gesellschafter im Rahmen der Treuepflicht sein Verhalten ändern, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag enthält im einzelnen besondere Verhaltensvorschriften für bestimmte Gesellschafter. Eine im Rahmen der Treuepflicht zulässige Änderung der Geschäftspolitik der Untergesellschaft kann die Belange des Geschäftsinhabers stärker berühren als der Wechsel eines unbedeutenden Gesellschafters auf Seiten des Stillen. In beiden Fällen ist daher eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages nicht gegeben.

Man wird also von Fall zu Fall zu verschiedenen Ergebnissen kommen, je nach der Art der Ausgestaltung der einzelnen Gesellschafterpositionen. Dennoch lassen sich einige grundsätzliche Entscheidungen treffen.

aa). Gesellschafterwechsel beim stillen Gesellschafter.

Ist eine AG oder GmbH stiller Gesellschafter, so ist hier ein gewöhnlicher Gesellschafterwechsel aufgrund der Rechtsnatur dieser Gesellschaftsformen für die stille Gesellschaft in der Regel irrelevant. Es bedarf grundsätzlich nicht des Einverständnisses des Geschäftsinhabers, da sich dadurch die Befugnisse der

Organe in der Kapitalgesellschaft nicht ändern. Anders wird die Situation allerdings, wenn ein beherrschender [1] Gesellschafter in der AG oder GmbH wechselt. Hier liegt eine entscheidende Veränderung auf Seiten des stillen Gesellschafters vor, die dem Wechsel des Stillen faktisch gleichkommt. Fraglich ist die Wertung bei Veräußerung einer Schachtelbeteiligung. Da hier die entscheidenden Machtbefugnisse noch in denselben Händen bleiben, ist ein mit dem vollständigen Wechsel des Stillen vergleichbarer Tatbestand noch nicht gegeben. Eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages liegt nicht vor. Man wird aber entsprechend §§ 20, 21 AktG eine Mitteilungspflicht des Stillen an den Geschäftsinhaber aus Treu und Glauben annehmen müssen.

Der Wechsel eines Kommanditisten oder eines stillen Gesellschafters in der " Untergesellschaft " fällt grundsätzlich nicht in den Einflußbereich des Geschäftsinhabers, denn der Kommanditist und der stille Gesellschafter haben in der Regel ebensowenige Möglichkeiten, die Geschehnisse innerhalb der stillen " Obergesellschaft " zu beeinflussen, wie der Kleinaktionär oder der GmbH-Gesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist [2]. Das ändert sich natürlich in dem Fall, wo ein atypischer stiller Gesellschafter oder ein Kommanditist entscheidende Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt bekommt. Der Wechsel eines solchen Gesellschafters berührt die Belange des Geschäftsinhabers.

---

1). gemeint ist sowohl die faktische (§ 16 AktG) als auch die vertragliche (§ 291 f. AktG) Beherrschung.
2). Koenigs aaO S. 258 f; Hartmann aaO S. 92; Paulick aaO S. 169.

Ebenso verhält es sich beim OHG-Gesellschafter, dem Komplementär einer KG oder dem Geschäftsinhaber einer stillen Gesellschaft. Durch Übertragung ihrer Positionen gehen die entscheidenden Einflußmöglichkeiten auf die Geschehnisse in der stillen Obergesellschaft auf andere Personen über. Ein derartiger Wechsel steht dem Gesellschafterwechsel insgesamt so nahe, daß er ohne Einverständnis des Geschäftsinhabers den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft verletzen würde. [1)]

Dagegen wird ein Wechsel von OHG-Gesellschaftern oder Komplementären, die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind, auch ohne ausdrückliches Einverständnis des Geschäftsinhabers den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft nicht verletzen, denn dieser Wechsel ist für die Obergesellschaft ohne Bedeutung.

bb). Änderung der Rechtsform beim stillen Gesellschafter.

Eine ähnliche Wertung wie oben ist auch bei der Änderung der Rechtsform des stillen Gesellschafters zu treffen.

Während die Aufnahme eines Dritten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder in eine OHG als Kommanditist oder stiller Gesellschafter die Belange des Geschäftsinhabers der Obergesellschaft nicht beeinträchtigt, wird dies regelmäßig bei der Aufnahme eines geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafters der Fall sein, denn mit der Aufnahme eines solchen Gesellschafters ist eine Verringerung der Befugnisse des vorherigen Einzel-

---

1). Koenigs aaO S. 258; Hartmann aaO S. 92; Paulick aaO S. 169; Hueck in Festschr. für Lehmann 1937 S. 255.

kaufmanns oder der OHG-Gesellschafter verbunden. Es handelt sich gleichsam um einen teilweisen Wechsel des stillen Gesellschafters, denn die Einflußmöglichkeiten des ursprünglichen stillen Gesellschafters werden zum Teil auf einen Dritten übertragen. Auch die Umwandlung einer OHG in eine Einzelfirma (§ 142 HGB) beeinträchtigt die Interessen des Geschäftsinhabers der stillen Gesellschaft nicht, wenn der Übernehmer auch in der OHG Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis hatte. Vorher konnten mehrere Gesellschafter die Kontrollrechte ausüben. Jetzt nur der Übernehmer. Das bedeutet sogar einen Vorteil für den Geschäftsinhaber,[1] denn während ihn vorher viele Personen kontrollierten, tut dies nunmehr nur einer. Diese Wertung kann allerdings nur gelten, wenn die Einlage bereits geleistet ist. Ist das noch nicht der Fall, so ist dem Geschäftsinhaber daran gelegen, daß möglichst viele Personen für die Erbringung der Einlage haften.

Problematischer erscheint die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft, die stiller Gesellschafter ist. Hier gibt es zwei Arten von Umwandlungen. Einmal die-jenigen nach dem Aktiengesetz [2] und zum anderen diejenigen nach dem Umwandlungsgesetz. Während bei einer Umwandlung nach Aktienrecht lediglich die Rechtsform der Gesellschaft wechselt, ihre Identität und die Eigenschaft, Kapitalgesellschaft zu sein, jedoch erhalten bleiben, geschieht bei der Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz eine Vermögensübertragung auf eine Personengesellschaft oder eine Person bzw. umgekehrt.[3]

---

1). A.A. Koenigs aaO S. 259.
2). vgl.: §§ 362 ff, 366 ff, 369 ff, 376 ff, 386 ff, 389 ff AktG.
3). vgl.: v. Godin- Wilhelmi Vorbem. zu § 362; Meyer Landrut, Großk.z. AktG. Vorbem. zu § 362.

Diese Unterschiede sind auch bei der stillen Obergesellschaft zu berücksichtigen.

Eine Umwandlung nach Aktienrecht, die aus steuerlichen oder anderen wirtschaftlichen Gründen bei Wahrung der Identität der Gesellschaft und Personengleichheit in den Vertretungsorganen vollzogen wird, berührt in der Regel die Belange des Geschäftsinhabers nicht, denn hier werden die entscheidenden Überwachungsrechte von demselben Gebilde wahrgenommen, wie vorher. Nur die Rechtsform ist verändert. Der Gesellschaftsvertrag der stillen Obergesellschaft wird dadurch in der Regel nicht verletzt.

Dagegen bewirkt die Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz einen vollständigen Gesellschafterwechsel ohne Identitätswahrung.[1] Ein vollständig anderes Rechtssubjekt wird Inhaber des Gesellschaftsvermögens. Soll die neue Gesellschaft weiterhin stiller Gesellschafter bleiben, so bedarf das der ausdrücklichen Mitwirkung des Geschäftsinhabers.[2] Es gelten also dieselben Regeln, wie bei der Übertragung der stillen Beteiligung.[3]

Weitere Veränderungen auf Seiten des stillen Gesellschafters, wie etwa eine Kapitalherabsetzung können den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft nur dann verletzen, wenn die Einlage des Stillen noch nicht geleistet ist. Nach Leistung der Einlage hat der Geschäftsinhaber keine Ansprüche mehr gegen den stillen Gesellschafter. Eine Kapitalherabsetzung würde dann seine Belange nicht mehr berühren. Aber selbst wenn die

---

1). Eine Ausnahme bilden die §§ 59 V, 65 I UmwG, die in diesem Zusammenhang jedoch von untergeordneter Bedeutung sind.

2). so wohl auch Koenigs aaO S. 259.
a.M.: Paulick aaO S. 169 f; Hueck in Festschr.f. Lehmann 1937 S. 255, die eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages auch bei Fortbestand der Untergesellschaft annehmen.

3). S.o.S. 85 ff.

Einlage noch nicht geleistet ist, besteht eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages der stillen Gesellschaft dann nicht, wenn auch nach der Kapitalherabsetzung genügend Sicherheiten für die Erbringung der Einlage vorhanden sind.

c). Der Wechsel des Geschäftsinhabers.

Bei der Beurteilung des Geschäftsinhaberwechsels ist der Übergang der Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft von der Übertragung des Geschäftsvermögens streng zu trennen.[1] Der Übertragung des Geschäftsvermögens steht die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft in ihrer Wirkung für die stille Gesellschaft gleich, denn dieser wird das Geschäftsvermögen entzogen.[2]

aa). Die Veräußerung des Geschäftsvermögens.

Das Geschäftsvermögen ist das Alleinvermögen des Geschäftsinhabers, in das der Stille seine Vermögenseinlage eingebracht hat. Über dieses Vermögen, insbesondere auch über Gegenstände, die ein stiller Gesellschafter eingebracht hat, kann der Geschäftsinhaber grundsätzlich unbeschränkt verfügen.[3] Fraglich erscheint nur, inwieweit er sich durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages verpflichtet hat, von dieser Verfügungsmacht keinen Gebrauch zu machen (vergl.§ 137 S. 2 BGB). Bei einer Verfügung des Geschäftsinhabers über das Geschäftsvermögen ohne Einverständnis des oder der stillen Gesellschafter können Schadensersatzan-

---

1). vgl.: Koenigs S. 251, Wolany JZ 62,249; Hartmann S. 93.

2). Auch wenn kein echter ÜbertragungsTB vorliegt, z.B. bei Zahlung einer Einlage als OHG-Gfter, denn er bleibt mitverfügungsberechtigt am Gesellschaftsvermögen.

3). Koenigs aaO S. 252; Hartmann aaO S. 93; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 60.

sprüche wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages entstehen.

Im Gesellschaftsvertrag haben sich die Gesellschafter zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verpflichtet. Wie oben [1] festgestellt wurde, ist gemeinsam zu fördernder Zweck bei der stillen Gesellschaft die Erzielung eines Ergebnisses (z.B. Gewinn) durch Betreiben eines Handelsgeschäfts auf Seiten des Geschäftsinhabers.

Veräußert der Geschäftsinhaber sein Handelsgeschäft insgesamt, so wird er den gemeinem Zweck nicht mehr durch Betreiben seines Handelsgewerbes fördern können. Damit verletzt er den Gesellschaftsvertrag.[2] Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen der Geschäftsinhaber trotz Verfügung über das Geschäftsvermögen weiterhin zur Förderung des gemeinsamen Zwecks beiträgt. So können etwa die Sicherungsübertragung oder die dingliche Belastung des Geschäftsvermögens zum Zwecke der Kreditbeschaffung den gemeinsam erstrebten Zweck durchaus fördern. Eine solche Maßnahme muß also nicht unbedingt den Gesellschaftsvertrag verletzen.[3] Ob sie es dennoch tut, hängt vom Einzelfall ab.

Auch Übertragungen von einzelnen Gegenständen des Geschäftsvermögens sind als zulässig anzusehen, solange

---

1). S. 20 ff.
2). Paulick aaO S. 165; Koenigs aaO S. 145; Schlegelberger - Geßler § 335 Anm. 32;D-H-Flechtheim § 335 Anm. 16; Schilling in Großk. z. HGB § 335 Anm. 47.
3). vgl.: Wolany JZ 62, 248; Hartmann aaO S. 93 f.

sie sich im Rahmen der ordnungsgemäßen Geschäftsführung halten.[1)]

Insofern kann also nicht pauschal gesagt werden, daß Verfügungen des Geschäftsinhabers über das Geschäftsvermögen oder Teile davon ohne Zustimmung des Stillen gleichzeitig eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages darstelle. Es handelt sich hier vielmehr um eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrages, wobei nach Treu und Glauben, Handelsüblichkeit und Verkehrssitte von Fall zu Fall alle Umstände und Verhältnisse berücksichtigt werden müssen, wenn geprüft wird, ob das entsprechende Verhalten mit dem Gesellschaftszweck übereinstimmt.[2)] Dennoch sind neben den aufgezeigten Fällen der Sicherungsübertragung und der Belastung nur wenige Beispiele denkbar, in denen die Verfügung des Geschäftsinhabers über das Geschäftsvermögen keine Verletzung des Gesellschaftsvertrages darstellt. Es ist daher dem Geschäftsinhaber zu empfehlen, sich bei solchen Verfügungen stets des Einverständnisses des Stillen zur Übertragung oder sonstigen Verfügung über das Geschäftsvermögen zu versichern. Anderenfalls setzt er sich der Gefahr aus, den Gesellschaftsvertrag zu verletzen.

bb). Rechtsfolgen einer unzulässigen Verfügung über das Geschäftsvermögen.

Bei der Frage, welche Rechtsfolge mit einer Verletzung des Gesellschaftsvertrages durch Veräußerung

---

1). RG Z 126, 391; D-H- Flechtheim § 335 Anm. 19, § 337 Anm. 18.
2). vgl.: Paulick aaO S. 164 ff.

des Geschäftsvermögens verbunden ist, muß auf die Erreichbarkeit des Gesellschaftszweckes abgestellt werden. Wenn der gemeinsame Zweck aufgrund der Veräußerung nicht mehr zu erreichen ist, so endigt gem. § 726 BGB die Gesellschaft.[1] Jedoch ist wie gezeigt nicht durch jede Verfügung des Geschäftsinhabers über das Geschäftsvermögen die Erreichbarkeit des Zweckes der stillen Gesellschaft unmöglich. Damit ist auch die Verpflichtung des Geschäftsinhabers zum Betrieb des Handelsgewerbes für gemeinsame Rechnung und zur Förderung des gemeinsamen Zwecks noch nicht unbedingt erloschen.[2]

Zu prüfen bleibt auch, ob es möglich und zumutbar ist, die Veräußerung rückgängig zu machen oder unter Mitwirkung des Stillen die Gesellschaft mit dem Erwerber des Geschäftsvermögens fortzuführen. Erst wenn auch das unmöglich ist, kann an eine Auflösung der Gesellschaft gem. § 726 BGB gedacht werden.[3] Dann steht dem stillen Gesellschafter gem. § 340 HGB der Auseinandersetzungsanspruch zu. Außerdem kann er einen Anspruch auf Ersatz des Schadens haben, der dem Gewinnanteil bis zur ordnungsgemäßen Beendigung der Gesellschaft entspräche.[4]

---

1). Koenigs aaO S. 148; Paulick aaO S. 166; Schilling in Großk. z. HGB § 335 Anm. 48.
2). Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 31; Schilling in Großk. z. HGB § 335 Anm. 48 mwN; Koenigs aaO S. 148 f; Paulick aaO S. 166; a.M. RG LZ 07, 652; RG LZ 16, 808.
3). Koenigs aaO S. 149; D-H-Flechtheim § 335 Anm. 16; Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. 48; Paulick aaO S. 166; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 32.
4). D-H-Flechtheim § 335 Anm. 16; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 32; Saenger aaO S. 134;Koenigs aaO A. 150; Paulick aaO S. 166.

Das entfällt jedoch, wenn wirtschaftliche Gründe die Veräußerung des Geschäftsvermögens rechtfertigen.[1] Die genannten Ansprüche können sogar gem. § 25 HGB auf den Erwerber des Handelsgeschäfts übergehen.

Sind die Voraussetzungen für eine Beendigung der Gesellschaft gem. § 726 BGB nicht gegeben, ist aber dennoch der Gesellschaftsvertrag verletzt, so stehen dem Stillen mehrere Rechtsbehelfe zur Verfügung. Einmal kann er auf Wiederaufnahme des Betriebes klagen [2] und auch vollstrecken (§ 888 I ZPO).[3] Dazu kann er den Schaden ersetzt verlangen, der durch die zwischenzeitliche Veräußerung an seinem Gewinnanteil entstanden ist.[4] Für die Praxis werden diese Möglichkeiten allerdings infolge ihrer Umständlichkeit von geringer Bedeutung sein.

Stets wird die vertragswidrige Veräußerung des Geschäftsververmögens auch einen wichtigen Grund zur Kündigung der Gesellschaft durch den stillen Gesellschafter gem. §§ 339 HGB, 723 BGB darstellen. Da diese Kündigung auf vertragswidrigem Verhalten des Geschäftsinhabers beruht, muß dieser auch den Schaden ersetzen, der dem stillen Gesellschafter durch die vorzeitige Beendigung der Gesellschaft entstanden ist. [5]

---

1). z.B. Unrentabilität.
2). Schilling, Großk.z.HGB § 335 Anm. 52; D-H-Flechtheim § 335 Anm. 16 u. 21; Schlegelberger Geßler § 335 Anm. 31; Koenigs aaO S. 151.
3). Über die Vereinbarkeit mit § 888 II ZPO vgl.: Koenigs aaO S. 151 Fußn. 126; Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. 52.
4). Koenigs aaO S. 152.
5). RG Z 89, 398; BGH NJW 69,419; Schilling in Großk. z.HGB § 339 Anm.24;D-H-Flechtheim § 339 Anm. 21; Koenigs aaO S. 152; Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 e) cc).

cc). Die Übertragung der Mitgliedschaft des Geschäftsinhabers.

Erfolgt die Veräußerung des Geschäftsvermögens mit Einverständnis des stillen Gesellschafters, so bedeutet das nicht notwendig zugleich das Einverständnis damit, daß der Erwerber des Geschäftsvermögens auch Mitglied der stillen Gesellschaft werden solle.[1] Es wird dadurch zunächst nur der Geschäftsinhaber von der Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszweckes durch Betreiben seines Handelsgewerbes befreit. Dann kann entweder eine Auflösung der Gesellschaft oder ein Gesellschafterwechsel auf Seiten des Geschäftsinhabers stattfinden. Zum letzteren bedarf es der separaten Mitwirkung des stillen Gesellschafters.[2]

Es taucht dann wieder die Frage auf, ob der Geschäftsinhaber von dem Stillen aus Treu und Glauben Mitwirkung bei dem beabsichtigten Gesellschafterwechsel verlangen kann. Auch hierbei handelt es sich um eine Auslegungsfrage.

Da der stille Gesellschafter seine Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers einbringt, muß er diesem ein erhebliches Maß an Vertrauen entgegenbringen. Ein Gesellschafterwechsel auf Seiten des Geschäftsinhabers stellt für den Stillen ein wesentlich größeres finanzielles Risiko dar, als umgekehrt. Andererseits ist dem Geschäftsinhaber,

---

1). Koenigs aaO S. 251; Hartmann aaO S. 94.
2). s.o. S. 71 ff.

der das Geschäftsvermögen mit der Einlage des stillen Gesellschafters und seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft veräußern will, zuzumuten, zunächst die Gesellschaft zu kündigen, den Stillen auszubezahlen und dann erst sein Geschäft zu veräußern. Der stille Gesellschafter wird deshalb grundsätzlich aus Treu und Glauben nicht zur Mitwirkung bei der Übertragung der Mitgliedschaft des Geschäftsinhabers verpflichtet sein. [1)]

Ein weiteres Problem ist das, ob eine Zustimmung des Stillen zum Mitgliederwechsel auch das Einverständnis zur Veräußerung des Geschäftsvermögens beinhaltet. Das wird bei Auslegung der Zustimmungserklärung oft anzunehmen sein. Jedoch sind auch Fälle denkbar, in denen der Stille das Vermögen und damit auch seine Einlage nur in einer bestimmten Hand sehen will oder die vermögensmäßige Ausgestaltung im Hinblick auf sein erhebliches finanzielles Risiko anders spezifizieren will. Etwa wäre daran zu denken, dem neuen Geschäftsinhaber die Einlage des Stillen zum Nießbrauch zu überlassen, das Eigentum jedoch dem alten Inhaber zuzusprechen.[2)] Wenn auch solche Fallgestaltungen als äußerst selten zu bezeichnen sind, so kann doch nicht angenommen werden, daß die Zustimmung zum Gesellschafterwechsel stets auch die Zustimmung zur Veräußerung des Geschäftsvermögens beinhaltet.[3)]

---

1). Koenigs aaO S. 253; Hartmann aaO S. 94 f.
2). Paulick aaO S. 73.
3). so aber: Koenigs aaO S. 250; Hartmann aaO S. 94; wie hier: Wolany JZ 62, 248.

d). Veränderungen beim Geschäftsinhaber, die einem Gesellschafterwechsel gleichkommen.

Wie beim stillen Gesellschafter, so gelten auch für Veränderungen der Rechtsform oder für den Gesellschafterwechsel auf Seiten des Geschäftsinhabers grundsätzlich die Regeln, welche für die jeweilige Rechtsform, in der der Inhaber auftritt, maßgeblich sind. Hier interessiert jedoch, ob durch solche Veränderungen der Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft verletzt werden kann.

Auszugehen ist dabei wiederum von dem Grundsatz, daß die Veränderungen dann nicht mehr mit dem Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft in Einklang stehen, wenn der Einfluß auf die Geschehnisse im Handelsgeschäft nicht mehr den Personen zusteht, denen der stille Gesellschafter ursprünglich sein Vertrauen geschenkt hat. Im einzelnen läßt sich folgende Wertung treffen:

aa). Ein Einzelkaufmann als Geschäftsinhaber.

Dem Geschäftsinhaber, der Einzelkaufmann ist, bringt der stille Gesellschafter bei Eingehung der Gesellschaft im Gegensatz zu rein juristischen Gebilden ein besonderes Maß an persönlichem Vertrauen entgegen. Die Fälle, in denen von einem generellen Einverständnis des Stillen zu entsprechenden Veränderungen auf Seiten des Inhabers bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages ausgegangen werden kann, sind daher selten. Sie beschränken sich nur auf die Aufnahme von Kommanditisten, weiteren stillen Ge-

sellschaftern oder von OHG-Gesellschaftern und Komplementären, die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind.[1] Durch diese Maßnahmen werden die Interessen des stillen Gesellschafters nicht berührt. Im Gegenteil erhält der Stille durch Aufnahme des Kommanditisten und anderer nicht vertretungs- und geschäftsführungsbefugter Gesellschafter gem. § 28 HGB nur einen neuen Schuldner. Durch die Aufnahme eines weiteren Stillen wird das haftende Geschäftsvermögen erhöht.

Dagegen würde die Aufnahme von vertretungs- und geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft verletzen, denn ihnen gilt nicht das ursprüngliche Vertrauen des stillen Gesellschafters. Obgleich die Haftungsmasse u.U. erhöht wird, braucht sich der Stille die Geschäftsführungsmaßnahmen dieser neuen Gesellschafter nicht aufdrängen zu lassen.

Alle übrigen Veränderungen beim Geschäftsinhaber als Einzelkaufmann, wie etwa die Umwandlung in eine AG oder GmbH bedürfen der Mitwirkung des stillen Gesellschafters, denn es handelt sich dabei um die Übertragung der Mitgliedschaft und des Geschäftsvermögens auf eine juristische, also andere, Person.[2]

---

1). D-H-Flechtheim § 335 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 33; Paulick aaO S. 167; Böttcher Zartmann aaO S. 64. a.M.: Schilling Großk.z.HGB § 335 Anm. 47; Renaud aaO S.136; Saenger aaO S. 65.

2). s.o.S. 96

bb). Eine Personengesellschaft als Geschäftsinhaber.

Ähnlich wie beim Einzelkaufmann verhält es sich, wenn der Geschäftsinhaber eine OHG oder KG ist. Auch hier bringt der stille Gesellschafter den vertretungs- und geschäftsführungsbefugten, persönlich haftenden Gesellschaftern ein erhebliches Vertrauen entgegen. Insbesondere verläßt er sich auf deren Fähigkeit der Zusammenarbeit und gegenseitiger Überwachung. Die Auswechselung eines solchen Gesellschafters ohne Einverständnis des Stillen würde daher den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft verletzen.[1)]

Dagegen dürfte die Auswechselung eines Kommanditisten oder eines nicht vertretungs- und geschäftsführungsbefugten OHG-Gesellschafters mit dem Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft vereinbar sein, wenn dadurch nicht die Rechtsstellung des Stillen durch erhebliche Verringerung der Sicherheiten für die Rückzahlung seiner Einlage beeinträchtigt wird.[2)]

Die Übernahme der OHG oder KG durch einen Einzelkaufmann (§ 142 HGB) würde den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft verletzen, da dadurch die Vertrauensgrundlage des Stillen nicht mehr vorhanden wäre. Während sich früher die Gesellschafter gegenseitig bei der Geschäftsführung überprüfen konnten,

---

1). hM.: Paulick aaO S. 167 ff; Hueck in Festschr. f. Lehmann 1937 S. 252 f; Schilling Großk.z.HGB § 335 Anm. 49; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 34; wohl auch Koenigs aaO S. 254;

2). Koenigs aaO S. 256; Paulick aaO S. 168; a.M.: RG LZ 16, 808.

wäre der Übernehmer in dieser Hinsicht nun völlig freigestellt. Außerdem fehlt die bisherige Haftung der anderen Gesellschafter.[1)]

Die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine AG oder GmbH stellt für sich einen vollständigen Wechsel in der Person des Geschäftsinhabers dar, denn sie kann nicht unter Identitätswahrung erfolgen.[2)] Es gelten insofern auch die Regeln über den vollständigen Gesellschafterwechsel.[3)]

cc). Eine Kapitalgesellschaft als Geschäftsinhaber.

Ist der Geschäftsinhaber eine AG oder GmbH, so ist ein Gesellschafterwechsel in einer solchen Gesellschaft von ihrer Natur her unproblematisch. Er verletzt den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft nicht, denn der Stille bringt diesen Gesellschaftern in der Regel kein persönliches Vertrauen entgegen.[4)] Anders verhält es sich wieder beim beherrschenden Gesellschafter.[5)] Wird er ausgewechselt, so ist dem Stillen die Vertrauensgrundlage für eine kontinuierliche Geschäftspolitik entzogen. Der Wechsel kommt einem Geschäftsinhaberwechsel gleich und verletzt ohne Einverständnis des Stillen den Gesellschaftsvertrag.

Bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft ist die gleiche Wertung zu treffen wie oben.[6)] Die Umwand-

---

1). Paulick aaO S. 168; Koenigs aaO S. 256; Hueck in Festschr. f. Lehmann S. 254; D-H-Flechth.§ 335 Anm. 18.
2). Paulick aaO S. 169; Godin-Wilhelmi Vorbem.§ 362 ff.
3). S.o.S. 102 ff.
4). Paulick aaO S. 169; Koenigs aaO S. 257.
5). s.O.S. 93
6). S. u.S. 95 f.

lung nach Aktienrecht, die bei Wahrung der Identität der Gesellschaft vollzogen wird, berührt die Belange des Stillen nicht, da das ihm haftende Kapital das gleiche bleibt.Er schenkt sein Vertrauen bei den Kapitalgesellschaften idR nicht bestimmten Personen, es sei denn den Personen in den Vertretungsorganen, die idR bei einer Umwandlung nach Aktienrecht gleichbleiben.[1)]

Die Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz stellt sich dagegen als ein vollständiger Gesellschafterwechsel dar,[2)] denn es findet eine Vermögensübertragung ohne Identitätswahrung statt. Für die stille Gesellschaft bedeutet das, daß ein Mitgliedschaftsübernahmevertrag erforderlich ist, denn die alte Gesellschaft wird aufgelöst und kann daher nicht mehr Geschäftsinhaber sein. Die Veräußerung des Geschäftsvermögens an die neue Gesellschaft bei Fortbestand der alten kann für sich allein den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft dann verletzen, wenn der gemeinsame Zweck nach der Veräußerung durch den Geschäftsinhaber nicht mehr gefördert werden kann.[3)]

---

1). so wohl auch Schilling Großk. z. HGB § 335 Anm. 47.
2). s.o. S. 96
3). Anders Koenigs aaO S. 257, der nicht zwischen den beiden Umwandlungsformen unterscheidet und generell eine Zustimmung des Stillen für erforderlich hält.

e). Rechtsfolgen der unzulässigen Veränderungen.

Umstritten ist, welche Rechtsformen die Veränderung der Rechtsform oder der Gesellschafterwechsel bei einem Gesellschafter der stillen Gesellschaft [1] mit sich bringt, wenn die erforderliche Mitwirkung des verbleibenden Gesellschafters fehlt.

Vereinzelt[2] werden die Veränderungen beim Gesellschafter mit dem vollständigen Wechsel gleichgesetzt. Dementsprechend soll eine solche Veränderung grundsätzlich den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft bis zur Zustimmung durch den anderen Gesellschafter schwebend unwirksam machen[3]. Wird die Zustimmung verweigert, so soll das zur Auflösung der Gesellschaft gem. § 726 BGB führen.[4]

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Gesellschafterwechsel, die Aufnahme und das Ausscheiden von Gesellschaftern sowie die Veränderung der Rechtsform sind Geschäfte, deren Wirksamkeit nur vom Willen der an diesem Gebilde unmittelbar beteiligten Gesellschafter bzw. Organe abhängig ist. Daneben können derartige Veränderungen auch den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft, an der das betreffende Gebilde beteiligt ist, verletzen.

---

1). Die Problematik ist für beide Gesellschaftertypen im wesentlichen gleich.
2). Koenigs aaO S. 254 ff; Hartmann aaO S. 87 ff.
3). Koenigs aaO S. 255 Fußn. 27.
4). Koenigs aaO S. 148 f; S. 155 Fußn. 27.

Soll dies nach dem Willen der Beteiligten nicht der Fall sein, so bedarf es der Änderung des Gesellschaftsvertrages. Diese erfolgt durch entsprechende Vertragserklärungen der Gesellschafter bzw. durch Zustimmung zu einem entsprechenden Gesellschafterbeschluß [1]. Wird der Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft nicht geändert, so bleibt es bei dessen Verletzung.

Eine Vertragsverletzung hat jedoch üblicherweise die Rechtsfolge des Schadenersatzanspruches [2] und bei Dauerschuldverhältnissen wie der Gesellschaft zusätzlich das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zur Folge.[3] Die Gesellschaft bleibt also grundsätzlich weiter bestehen, es sei denn, es erfolgt die Kündigung. [4]

Erst wenn durch die Veränderung eine Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, kommt es gem. § 726 BGB zur Auflösung der Gesellschaft. Das ist z.B. dann der Fall, wenn das neue Rechtsgebilde mit dem alten nicht mehr juristisch [5] identisch ist, so daß nicht mehr vom Betrieb des

---

1). Zur Rechtsnatur dieser Zustimmung vgl.:Baltzer aaO S. 147; Fischer in Großk.z.HGB § 119 Anm.5.
2). Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 e aa).
3). RG Z 185, 326; Palandt-Heinrichs § 276 Anm 72 cc).
4). so die hM.: Hueck Festschr.f.Lehmann 1937 S. 252; Paulick aaO S. 166 ff; Schilling in Großk. z.HGB § 335 Anm. 49; D-H-Flechtheim § 335 Anm. 18; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 34; Saenger aaO S. 130; Fischer JR 62, 204 f.
5). s.o.S. 66 f.

Handelsgewerbes als Beitrag der im Gesellschaftsvertrag ausgewiesenen Partei gesprochen werden kann. Wie jedoch gezeigt wurde, bleibt bei vielen Gesellschafterwechseln, Austritten und Eintritten die Identität des jeweiligen Gebildes, das Gesellschafter der stillen Gesellschaft ist, gewahrt.[1] Lediglich bei den Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz ist das nicht der Fall. Hier wäre also ohne Änderung des Gesellschaftsvertrages, sei es förmlich oder durch schlüssiges Verhalten, der Gesellschaftszweck[2] unerreichbar, wenn es sich um eine Veränderung beim Geschäftsinhaber handelt. Bei Veränderungen des stillen Gesellschafters kommt es darauf an, ob es sich um eine mehrgliedrige stille Gesellschaft handelt oder nicht. Bei der mehrgliedrigen Gesellschaft wäre zu prüfen, ob der Zweck mit den übrigen Gesellschaftern noch erreicht werden kann, wenn der veränderte stille Gesellschafter ausgeschlossen wird bzw. freiwillig austritt.

Es kann daher den Ausführungen nicht gefolgt werden, nach denen bei vertragswidrigen Veränderungen auf Seiten eines Gesellschafters eine ipso jure Auflösung der Gesellschaft angenommen wird.[3]

---

1). Fischer JR 62, 205.

2). Gewinnerzielung durch Betrieb des Handelsgewerbes auf Seiten des Geschäftsinhabers. S.o.S. 14

3). vgl.: Koenigs aaO S. 254 ff; s.o.S.

Vielmehr ist die Rechtsfolge einer solchen Vertragsverletzung ein Schadenersatzanspruch und das Recht zur Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund. Erst wenn der Gesellschaftszweck unerreichbar ist, kann eine Beendigung der Gesellschaft angenommen werden.

III.: Zusammenfassung zur Übertragung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften.

Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften können im Wege des Übernahmevertrages auf Dritte übergehen. Dabei handelt es sich um einen mehrseitigen Vertrag eigener Art, der sich im Ergebnis als Verfügung über die Mitgliedschaft als Parteistellung im Rechtsverhältnis stille Gesellschaft darstellt. Die Verfügungsmacht steht grundsätzlich nur allen Gesellschaftern gemeinsam zu. Sie können sich jedoch vertreten lassen oder andere Gesellschafter zur Verfügung ermächtigen. Eine entsprechende Ermächtigung oder Vollmacht kann bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sein, so daß Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften frei veräußerlich ausgestaltet werden können.

Es sind Fälle denkbar, in denen der stille Gesellschafter auch ohne entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag die Mitwirkung des Geschäftsinhabers bei der Übertragung seiner Beteiligung verlangen kann. Der umgekehrte Fall ist in Anbetracht des großen Vertrauens, das der Stille in die Geschäftsführung des Inhabers setzt, schwer vorstellbar. Gesellschafterwechsel auf Seiten eines Mitgliedes der stillen Gesellschaft bzw. eine Änderung der Rechtsform bei ihm berühren den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft dann nicht, wenn auch nach der Veränderung die Personen, denen das andere Mitglied sein Vertrauen schenkt, in dem neuen Gebilde an gleicher Position stehen. Wird die

Identität nicht gewahrt, wie etwa bei Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz, so liegt eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages der stillen Gesellschaft vor. Rechtsfolgen der Vertragsverletzungen sind im wesentlichen das Recht auf Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund und Schadenersatzansprüche des übergangenen Gesellschafters.

T e i l 3.:

Die dingliche Belastung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft.

Wenn hier von dinglicher Belastung der Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften die Rede ist, so ist damit die Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechtes an der Mitgliedschaft selbst gemeint. Als solche kommen insbesondere die Verpfändung und die Nießbrauchsbestellung in Betracht. Sie sind nichts anderes, als die Abspaltung einzelner Befugnisse von dem entsprechenden Gegenstand der Belastung, also eine Teilübertragung [1]. Dabei gehen beim Nießbrauch die Nutzungsmöglichkeiten und beim Pfandrecht die Verwertungsmöglichkeiten über.

Für die Belastung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften würde das bedeuten, daß dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger Rechte des jeweiligen Gesellschafters übertragen werden, ohne daß der Belastungsgläubiger Gesellschafter würde, denn in dieser Stellung soll ja der Primärgesellschafter selbst verbleiben.[2]

Bevor nun die Vereinbarkeit einer solchen Teilübertragung der Mitgliedsrechte mit dem Gesellschaftsrecht geprüft wird, ist zunächst zu untersuchen, ob eine Belastung der Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft nach sachenrechtlichen Grundsätzen überhaupt zulässig ist.

---

1). vgl.: Wolff-Raiser § 175 I S. 717 f; § 120 I S. 481 f; Westermann SachR.§ 126 I, § 139; Baur SachR.§ 60 I 1; Hackenbroch aaO S. 33; Teichmann ZGR 72, 4.
2). Teichmann ZGR 72, 6; ZGR 73, 25.

I.: Die Zulässigkeit dinglicher Belastungen von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft.

1. Überblick:

Die Begründung dafür, daß eine dingliche Belastung an der Mitgliedschaft als Parteistellung in einer stillen Gesellschaft bestellt werden kann, läßt sich nicht ohne Schwierigkeiten führen. Die Vorschriften über Nießbrauch und Pfandrecht lassen eine entsprechende Belastung nur an Sachen [1] und an Rechten [2] zu. Wie aber oben [3] festgestellt wurde, handelt es sich bei der Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft gerade nicht um ein Recht, sondern um eine Parteistellung im Rechtsverhältnis. Deshalb sind auch die Theorien, die die Mitgliedschaft in einer Gesamthandsgesellschaft als Recht bezeichnen, [4] hier unabwendbar, obwohl danach die dingliche Belastung des " subjektiven Rechts Mit-

---

1). vgl.: §§ 1030 ff, 1204 ff BGB.
2). vgl.: §§ 1068 ff, 1273 ff BGB.
3). s.o. S. 46 ff.
4). s.o.S. 38 ff.

gliedschaft " weitgehend unproblematisch wäre.[1)]

Für die Verhältnisse bei der stillen Gesellschaft sind nur die Ersatzlösungen der Autoren interessant, die der Mitgliedschaft auch in Gesamthandsgesellschaften die Qualifikation als Recht absprechen, wegen des wirtschaftlichen Bedürfnisses aber gleichwohl eine Art dinglicher Belastung der Mitgliedschaften bejahen.

a). Belastung der übertragbaren Einzelrechte.

Man bestellt z.B. den Nießbrauch oder das Pfandrecht an allen Rechten, die aus der Mitgliedschaft fließen, soweit sie übertragbar sind und nimmt dabei in Kauf, daß dem Belastungsgläubiger keinerlei Kontrollbefugnisse etwa bei der Gewinnverteilung zustehen.[2)] Da es sich außerdem nur um die Belastung einzelner Mitgliedsrechte handelt, stehen etwa dem Nießbraucher nur die Nutzungen dieser Rechte, nicht aber die der Mitgliedschaft insgesamt zu.

---

1). vgl. für Nießbrauch: Huber aaO S. 413 ff insbes. S. 415; Fischer in Großk. z. HGB § 109 Anm. 24; Flume in Festschr. f. Larenz 1972 S. 785; Wiedemann aaO S. 398 ff; Mentz aaO S. 112 a ff; Westermann Hdb.RZ 332 a.E.; Kreifels in Festschr. f. Hengeler 1972 S. 161.
für Verpfändung: Huber aaO S. 417 f; Flume in Festschr. f. Larenz 1972 S. 790 ff; Wiedemann aaO S. 421 ff; Hackenbroch aaO S. 54 ff; H. Westermann Hdb, RZ 334 f.

2). für Nießbrauch : Hadding in Festschr. f. Reinhardt 1972 S. 258 ff; Staudinger-Spreng § 1069 Anm. 3b; für Pfandrecht: Hadding aaO S. 260; Staudinger-Spreng § 1274 Anm. b; Bürger aaO S. 64 ff.

b). Der Nießbraucher als vollständiger Gesellschafter.

Für den Nießbrauch an der Mitgliedschaft wird von einer weit verbreiteten Auffassung die vollständige Übertragung der Gesellschafterstellung auf den Nießbraucher für die Zeit der Belastung vertreten.[1] Begründet wird das oft mit § 22 II HGB. Wie ein Einzelkaufmann einen Nießbrauch am Unternehmen in der Form bestellen könne, daß der Nießbraucher das Geschäft betreibe, so sei dies auch bei dem Unternehmensteil des Gesellschafters möglich.[2]

Bei einer solchen Übertragung handelt es sich jedoch nicht um eine Belastung mit einem Nießbrauch, sondern um eine treuhänderische Übertragung insgesamt.[3] Der Nießbraucher erhält also dadurch mehr, als ihm kraft Nießbrauchsrechts zustehen würde.[4]

Deshalb schränkt z.B. Gösele [5] dieses Ergebnis durch seinen " stillen Nießbrauch " in der Form ein, daß er die Ausübung eines derartigen Nießbrauchs, bei dem der Nießbraucher in die Gesellschafterstellung einrückt, gem. § 1059 S. 2 BGB wieder dem Gesellschaf-

---

1). Erman-Ronke § 1069 Anm. 3; Soergel-Baur § 1068 Anm. 7; Fischer in Großk.z.HGB § 109 Anm. 20; Baumbach-Duden § 105 Anm. 1G; Hueck OHG § 27 II 8 S. 400 f; v. Godin aaO S. 87 f; v. Schilling DB 54, 561; Bunke DNotZ 68, 5 (7); Kreifels aaO S. 163; Sudhoff NJW 71, 481 f; ders. PersGes.S. 264.
2). v. Godin aaO S. 87 f; Kreifels aaO S. 163.
3). Böckelmann aaO S. 238; Fischer in Großk.z.HGB § 130 Anm. 13; Flume Festschr.f.Larenz 1972 S. 784.
4). H. Westermann Hdb. RZ 335; Rohlff NJW 71, 1338 f; Teichmann ZGR 72, 6; Ulmer Großk.z.HGB § 139 Anm.93.
5). aaO S. 95 ff.

ter überläßt. Dem Nießbraucher soll dann nur der Ertrag zukommen. Das ändert jedoch nichts daran, daß der " Nießbraucher " nach dieser Konstruktion grundsätzlich vollständiges Mitglied der Gesellschaft ist und der Altgesellschafter nicht. Es handelt sich hierbei in Wirklichkeit um eine Ermächtigung des Treugebers (Altgesellschafter) durch den Treuhändergesellschafter (genannt Nießbraucher) zur Ausübung seiner Rechte. [1)]

c). Nießbrauch als " sekundäre Mitgliedschaft ".

Andere Autoren sehen zwischen Nießbraucher und Gesellschafter eine Art Rechtsgemeinschaft an der Beteiligung, wonach zwar der Nießbraucher nicht Vollmitglied in der Gesellschaft, aber auch nicht gesellschaftsfremder Dritter sein soll.[2)] Zum Beispiel unterliege er der gesellschafterlichen Treuepflicht.

Diese Konstruktion einer " sekundären Mitgliedschaft" ist unserem Gesellschaftsrecht jedoch fremd. Eine Beteiligung ist zwar in der Weise teilbar, daß aus einem großen Anteil zwei kleinere entstehen, bei denen jeder der beiden Beteiligten vollständiges Mitglied ist. Es ist jedoch mit dem Typus einer Personengesellschaft unvereinbar, daß eine Beteiligung mit einem Haupt- und einem Nebenmitglied entsteht, von denen jeder verschiedene Berechtigungen hat.

---

1). Zur Kritik an Gösele vgl.: W. Müller aaO S. 90 ff; Böckelmann aaO S. 209 f.
2). Ulmer in Großk. z. HGB § 139 Anm. 94; Rohlff NJW 71, 1339; Langmaak aaO S. 99 u. 108.

d). Nießbrauch am Gewinnstammrecht.

Der von Siebert [1] stammende Vorschlag des Nießbrauchs am " Gewinnstammrecht " geht davon aus, daß die Belastung der Gesellschafterstellung insgesamt nicht möglich sei. Die Nießbrauchsbestellung am Gewinnanteil würde dem Nießbraucher die Früchte dieses Anspruchs, also allenfalls Zinsen bringen.[2] Das " Gewinnstammrecht " soll nun das Recht auf Beteiligung am Gewinn sein, das über dem Gewinnanspruch als Teil der Mitgliedschaft stehen soll. Durch seine Belastung sollen dem Nießbraucher die Früchte des Stammrechts, nämlich der Gewinn zustehen. [3]

Diese Konstruktion ist jedoch allenfalls ein Ersatz für den Nießbrauch am Gewinnanspruch, nicht jedoch für denjenigen an der Mitgliedschaft selbst. Die Mitgliedschaft enthält mehr nutzbare Rechte als nur den Gewinnanspruch. Außerdem kann der Nießbraucher nach der von Siebert angestrebten Lösung keinerlei Kontrollbefugnisse in der Gesellschaft erhalten. Er ist der Willkür der Gesellschafter

---

1). BB 1956, 1126 ff.
2). a.M. Hadding in Festschr.f. Reinhardt 1972 S. 259 f und Bunke DNotZ 68, 9 f, die den Nießbrauch am Gewinnanteil als Forderungsnießbrauch gem. § 1074 BGB ansehen. § 1067 BGB sehen sie in diesem Fall regelmäßig als abdingbar an. (sog. uneigentlicher Nießbrauch).
3). so auch : Sudhoff NJW 71, 483 f; Soergel-Siebert § 1068 Anm. 7; Schneider-Martin aaO S. 113; Staudinger-Keßler § 717 Anm. 21 d.

etwa bei der Gewinnfestsetzung ausgeliefert. Davon abgesehen ist die Konstruktion eines Gewinnstammrechts unserem Gesellschaftsrecht fremd. Was Siebert als ein solches Stammrecht ansieht, ist nämlich im Grunde nichts anderes als die Mitgliedschaft selbst, aus der sich der Gewinnanspruch ableitet. Es erscheint daher richtiger, den Gewinn nicht als Frucht eines imaginären Stammrechts anzusehen, sondern als eine solche der Mitgliedschaft.[1)]

e). Belastung der Einlage des stillen Gesellschafters.

Neben den aufgezeigten Lösungsversuchen, die für alle Personengesellschaften gelten, denkt man bei der stillen Gesellschaft auch daran, die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Geschäftsinhabers dinglich zu belasten.[2)] Zu einem solchen Ergebnis kommt man nur, wenn man die Einlage des Stillen als Forderung gegen den Geschäftsinhaber ansieht, denn Forderungen sind ohne weiteres dinglich belastbar.[3)]

---

1). Zur Kritik am Gewinnstammrecht vgl.: Rohlff NJW 71, 1341; Wiedemann aaO S. 401; Baumbach-Duden § 121 Anm. 2 B; Huber aaO S. 414 f; Hadding in Festschr. f. Reinhardt 1972 S. 260; Bunke DNotZ 68, 9 f; Teichmann ZGR 72, 21; Böckelmann aaO S. 210 f; W. Müller aaO S. 89 f.

2). so ist wohl Zöller-Scherübl § 859 ZPO Anm. 4 bezügl. eines Pfandrechts an der Forderung des stillen Gesellschafters zu verstehen.

3). so Renaud S. 118; " Die Einlageforderung ist eine seit Begründung der stillen Gesellschaft bereits bestehende Forderung, die nur in ihrer Höhe regelmäßig unbestimmt ist".
Ähnlich auch: Buchwald GmbH Rdsch. 53, 81 (85); Bruns JZ 51, 304; Reinicke MDR 49, 201; D-H-Flechtheim § 337 Anm. 3; RGZ 144, 249.

Das erscheint jedoch unzutreffend. Der stille Gesellschafter erwirbt durch die Leistung der Einlage keinen selbständigen Rückforderungsanspruch gegen den Geschäftsinhaber. Ihm gebührt nur die gesellschaftliche Beteiligung, die Mitgliedschaft. Aus dieser ergeben sich zu entsprechenden Zeitpunkten Forderungen gegen den Geschäftsinhaber. Das sind vor allem die Gewinnansprüche und der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Mit Zahlung der Einlage entsteht jedoch noch kein umfassendes Forderungsrecht. [1] Dementsprechend ist die Einlage auch nicht als Forderung belastbar, sondern nur die einzelnen Gewinn- oder Auseinandersetzungsansprüche, was aber, wie oben [2] festgestellt wurde, wenig Vorteile bringt.

f). Zusammenfassende Würdigung der Lösungsvorschläge .

Die Nießbrauchs- und Pfandrechtsbestellung an Mitgliedschaften in Personengesellschaften zum Zwecke der Kreditsicherung und der Erbfolgeregelung wird im heutigen Wirtschaftsleben überwiegend für erforderlich angesehen. Allein formaljuristische Gründe hindern einige Autoren an einer echten Belastung der Mitgliedschaften. Andere gehen stillschweigend über das rein juristische Problem, ob es sich bei der Mitgliedschaft um einen Belastungsgegenstand handeln kann, hinweg. [3]

---

1). RGRZ HGB Weipert § 340 Anm. 33; Schlegelberger-Geßler § 337 Anm. 23 f; Koenigs aaO S. 130; Otto BB 48, 292 ff ; Paulick aaO S. 85 ; BGH Z 4, 364; RGZ 168, 287.
2). S. 118
3). Langmaak aaO S. 14 ff; Teichmann ZGR 72, 1 ff; für die stille Beteiligung : BFH E 86, 191.

Bei den Gesamthandsgesellschaften geht man in neuerer Zeit m. E. zu Unrecht den Weg der Qualifizierung der Mitgliedschaften als subjektive Rechte.[1] Diese Rechtsformen sollen hier jedoch nicht erörtert werden. Für die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft trifft das jedenfalls nicht zu, denn es handelt sich um die Parteistellung im Rechtsverhältnis.[2]

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang allein die von Müller-Erzbach[3] geäußerte Ansicht, daß die Mitgliedschaft zwar ein Rechtsverhältnis sei, es aber manchmal - insbesondere bei ihrer Belastung - als gerechtfertigt erscheine, sie wie ein Recht zu behandeln.

Dagegen wird nach verbreiteter Ansicht eine echte Belastung der Mitgliedschaft als Parteistellung in der stillen Gesellschaft als unzulässig abgelehnt,[4] weil es sich danach nicht um einen belastbaren Rechtsgegenstand handele. Man wird auf die oben[5] genannten dogmatisch bedenklichen Ersatzlösungen verwiesen.

---

1). S.o.S. 117
2). S.o.S. 46
3). Mitgliedschaften S. 290 u. 353.
4). Huber aaO S. 413.
5). S.o.S. 118 ff.

2). Die echte Belastung der Parteistellung im Rechtsverhältnis.

Das aufgezeigte Ergebnis befriedigt nicht. Es fragt sich, ob nicht doch die Parteistellung in der stillen Gesellschaft Gegenstand einer dinglichen Belastung sein kann.

Nach hier vertretener Meinung [1] kann eine Parteistellung im Rechtsverhältnis Gegenstand einer Verfügung sein. Unter den Begriff der Verfügung fällt auch die dingliche Belastung des betreffenden Gegenstandes mit einem beschränkt dinglichen Recht.[2] Danach könnte also die Mitgliedschaft in einer stillen Gesellschaft durchaus Gegenstand einer Belastung sein. Dagegen stehen jedoch die Vorschriften über Nießbrauch und Pfandrecht, [3] die eine derartige Belastung nur an Sachen und an Rechten zulassen. Wenn Sachen und Rechte dem Nießbrauch oder Pfandrecht unterliegen, so folgt daraus noch nicht unbedingt, daß auch an allen anderen Gegenständen iSd Gesetzes eine Belastung zulässig ist. [4] Ob dieser Grundsatz jedoch zwingend ist, bleibt zu untersuchen.

---

1). S.o.S. 71 ff.
2). vgl.: v. Tuhr § 54 I; Enneccerus-Nipperdey § 143 II; Flume AT § 11,5; Sohm aaO S. 7; RG Z 90, 395 (398f).
3). vgl.: §§ 1030 ff, 1068 ff, 1204 ff, 1273 ff BGB.
4). v. Godin aaO S. 13.

Die Terminologie des Gesetzes ist in diesem Bereich nicht immer ganz exakt. So ist etwa eine Nießbrauchs- oder Pfandrechtsbestellung an einer Sache dogmatisch nicht denkbar. Verändert wird durch die Belastung nicht die Sache selbst, sondern das Eigentumsrecht an der Sache. Es geht also bei Verfügungen über eine Sache immer nur um das Recht an der Sache. [1] Danach wären Nießbrauch und Pfandrecht nicht an Sachen und Rechten sondern am Eigentumsrecht und anderen teilübertragbaren Rechten zu bestellen.

Zu untersuchen bleibt, ob in Anbetracht der Tatsache, daß die Terminologie des Gesetzes ohnehin ungenau ist, nicht auch Parteistellungen in Rechtsverhältnissen als Gegenstände einer dinglichen Belastung unter die entsprechenden Gesetzesbestimmungen fallen, soweit sie die gleichen oder ähnliche Qualifikationen haben, wie sie die im Gesetz aufgeführten Rechte haben müssen. [2]

Wie bereits dargestellt wurde,[3] ist dem Gesetzgeber bei Schaffung des BGB die Bedeutung der Parteistellung im Rechtsverhältnis als einheitliches Gefüge nicht bewußt gewesen. [4] Insofern konnten also auch die

---

1). Flume AT § 11,5 b S. 142; Lehmann-Hübner § 15 II 1.S.11 Larenz AT § 16 IV S. 241 f; v. Tuhr § 18 zu Anm. 25 u. § 54 zu Anm. 37 ff; a.M.: Sohm § 3 u.4, der in Anlehnung an das römische Recht (jus in re) die Objekte der Verfügung in körperliche (Sachen) und unkörperliche Gegenstände (Rechte) einteilt. vgl. auch Motive III S. 595.

2). E. Wolf SachenR § 12a) S. 28 hält z.B. Belastungen an Sachen und sonstigen Rechtsgegenständen für möglich. Unter Rechtsgegenstände fallen nach Wolf AT § 2 G I b 2bbS. 128 auch rechtliche Verhältnisse.

3). S.o.S. 46

4). Motive III S. 539; Larenz SchR I § 35 III; Pieper aaO S. 157 ff; Diekmann aaO S. 47; Pförtner aaO S. 34; Kaiser aaO S. 111; Langmaak aaO S. 15.

Parteistellungen nicht als Gegenstände einer dinglichen Belastung im Gesetz aufgeführt werden. Der Gesetzgeber sah nach der Gesetzesterminologie als Verfügungsgegenstände nur Sachen und Rechte an. [1] Im Rahmen der Rechtsfortbildung brachte die Vertragsübernahmelehre die Erkenntnis, daß Verfügungen nicht nur über Rechte, sondern allgemein über Rechtsgegenstände möglich sind.[2] Sie sah auch die Rechtsverhältnisse als Rechtsgegenstände an. Die obigen [3] Untersuchungen haben jedoch gezeigt, daß Verfügungsgegenstände zumindest bei Vertragsübernahmen nicht die Rechtsverhältnisse, sondern die Parteistellungen in ihnen sind, weil nur sie einer Person zugeordnet und von ihr beherrschbar sind. Das bereitete insoweit wenig Schwierigkeiten, als es sich dabei um die teleologische Auslegung des Rechtsbegriffs Gegenstand handelte. Diese Vorgehensweise ist jedoch dort nicht mehr möglich, wo das Gesetz ausdrücklich von Verfügungen über Sachen und Rechte spricht.

Wenn aber der Gesetzgeber unter Verfügungsgegenständen ursprünglich nur Sachen und Rechte verstanden hat, [4] dieser Katalog aber infolge erweiterter Rechtserkenntnis auf Parteistellungen in Rechtsverhältnissen ausgedehnt wurde, so muß dies auch konsequenterweise dort

---

1). Motive I S. 128/129.
2). S.o.S. 71 ff.
3). S.o.S. 71 ff.
4). vgl.: Motive I S. 128 / 129.

erfolgen, wo das Gesetz näher auf sein ursprüngliches Verständnis von dem Begriff Gegenstand eingeht und wie bei den Belastungen Sachen und Rechte als Gegenstände aufführt. Auch hier müssen diese im Gesetz aufgeführten Verfügungsgegenstände auf Parteistellungen erweitert werden.

Nun könnte man einwenden, daß zwar da, wo im Gesetz von Gegenständen allgemein die Rede ist, auch Rechtsverhältnisse darunter fallen. Gegenstände einer dinglichen Belastung seien aber wie im Gesetz aufgeführt nur Sachen und Rechte.

Bei einer solchen Interpretation des Gesetzes ist jedoch § 1085 BGB unverständlich, nach dem die Nießbrauchsbestellung an einem Vermögen nicht möglich ist, sondern nur die Bestellung an den einzelnen zum Vermögen gehörenden " Gegenständen ". Da hier der Begriff Gegenstand gebraucht ist, wäre danach beim Vermögensnießbrauch die Bestellung an einer Parteistellung in einem Rechtsverhältnis, die Gegenstand des betreffenden Vermögens ist, zulässig, sonst aber nicht. Für eine derartige Differenzierung besteht jedoch kein sachlicher Grund.

Vielmehr erscheint es richtiger den Gesetzeszweck darin zu sehen, daß dingliche Belastungen an Verfügungsgegenständen vorgenommen werden dürfen. Da unter die Verfügungsgegenstände nach erweiterter Erkenntnis auch Parteistellungen in Rechtsverhältnissen fallen, muß eine dingliche Belastung auch an ihnen möglich sein. Die gesetzliche Regelung ist hier nicht erschöpfend. Es besteht daher bei den Pfandrechts- und Nießbrauchsbestimmungen in Bezug auf die Aufzählung der Belastungs-

gegenstände eine Regelungslücke. Es handelt sich dabei um eine sog. nachträgliche Lücke,[1] die dadurch entstanden ist, daß sich infolge der mit wirtschaftlicher und technischer Entwicklung verbundenen erweiterten Erkenntnis Probleme ergaben,[2] die der Gesetzgeber noch nicht gesehen hat, die aber einer Regelung bedürfen.

Die Ausfüllung der Regelungslücke erfolgt im Wege der teleologischen Extension,[3] d.h. die Regelung des Gesetzes über Belastungen an Sachen und Rechten erweist sich nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes als zu eng. Sie muß auf die Belastung von Parteistellungen in Rechtsverhältnissen erweitert werden.

Die Ausgestaltung dieses Gedankens erfolgt dann in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Belastung von Rechten und damit auch sekundär von Sachen.[4] So müssen etwa Parteistellungen, die belastet werden sollen, gem. §§ 1069 II, 1274 II BGB analog übertragbar ausgestaltet sein.[5] In diesem Punkt ist also Müller-Erzbach[6] zuzustimmen, der die Mitgliedschaft - nach seiner Auffassung ein Rechtsverhältnis - bei Belastungen wie ein Rechte behandeln will.

---

1). Larenz Methodenlehre S. 358.
2). z. B. Vertragsübernahme usw. s.o.S. 71 ff.
3). Canaris, Lücken S. 89 ff; Larenz Mehtodenlehre S. 374 ff.
4). über §§ 1068 II, 1273 II BGB.
5). z.B. durch die Übernahmeklausel im Gesellschaftsvertrag, s.o.S. 80 ff.
6). Mitgliedschaften S. 290 u. 352.

3. Überprüfung des Ergebnisses anhand sachenrechtlicher Grundprinzipien.

So einleuchtend die aufgeführte Konstruktion auch erscheinen mag, sie ist nur zulässig, wenn sie nicht gegen die Typenordnung im Sachenrecht verstößt. Hier sind zwei Kriterien zu beachten. Einmal der sog. numerus clausus der Sachenrechte [1] und zum anderen die sogenannte Typenfixierung [2] oder der Typenzwang.[3]

a). Numerus clausus der Sachenrechte.

Hierunter versteht man, daß es eine geschlossene Zahl der Zuordnungsrechte im Sachenrecht gibt, die aufgrund ihrer zwingenden Natur und mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit nicht erweitert werden darf.

Das ist bei der vorgelegten Konstruktion auch nicht der Fall, denn es wird neben Nießbrauch und Pfandrecht keine weitere neue Belastungsart geschaffen.

Daß es darüber hinaus nicht auch noch eine eng umgrenzte Anzahl von Verfügungsmöglichkeiten über Parteistellungen in Rechtsverhältnissen geben kann, wurde oben [4] bereits im Hinblick auf § 305 BGB erläutert.

---

1). H. Westermann SachR § 3 III S. 20 ; Wolff-Raiser § 2 II 1 S. 9; nach Baur § 1 II 1 a S. 3 Typenzwang.
2). Baur SachR § 1 II 1 b S. 3
3). H. Westermann SachR § 3 III S. 20.
4). S. o. S. 71 ff.

b). Typenfixierung im Sachenrecht.

Problematischer ist hier das Moment der Typenfixierung. Es bedeutet, daß die Zuordnungsverhältnisse nur in dem Rahmen verändert und ausgestaltet werden dürfen, den das Gesetz selbst setzt. [1] Der Inhalt des Sachenrechtstypus darf nicht wesentlich verändert werden.

Bei der obengenannten Konstruktion wird der jeweilige Belastungstypus insoweit verändert, als auch Rechtsverhältnisse Belastungsgegenstände sein sollen. Es könnte nun die Auffassung vertreten werden, daß die Änderung des Belastungsgegenstandes keine inhaltliche Änderung des Belastungstypus sei. Diesen Schluß läßt aber das Gesetz nicht zu. Durch die Aufzählung der Belastungsgegenstände (Sachen und Rechte) hat der Gesetzgeber den Inhalt des jeweiligen Belastungstypus eine Erweiterung der Belastungsgegenstände, bedeutet daher eine inhaltliche Änderung des jeweiligen Belastungstypus. Allerdings steht diese Änderung mit dem Zweck und der Systematik des Gesetzes in Einklang, denn die Belastung von Gegenständen im Sinne von Verfügungsgegenständen ist dem Gesetz nicht fremd (§ 1085)BGB). Verfügungsgegenstände sind aber auch die Parteistellungen in Rechtsverhältnissen. [2]

Allgemein ist zunächst zu sagen, daß sich die Typenordnung im Sachenrecht den Erkenntnissen der Rechtswissenschaft dann nicht verschließen darf, wenn

---

1). H. Westermann SachR. 20 ; Baur SachR S. 3
2). S.o.S. 71 ff.

diese grundsätzlich dem System des Gesetzes entsprechen. Auch darf der Kontakt des Rechts zur Wirklichkeit nicht verlorengehen. Rechtliche Institutionen müssen daher entwicklungs- und wandlungsfähig sein, sich der Wirklichkeit anpassen, um der Dogmatik zu entsprechen. [1] Das macht die Orientierung der Rechtsdogmatik an tatsächlichen Gegebenheiten unentbehrlich. [2]

Nun handelt es sich bei den Institutionen des Sachenrechts nicht um " offene " [3], beliebig veränderbare, sondern um " geschlossene " [3] Typen, die zu Rechtsbegriffen erstarrt sind und bei denen Abwandlungen nicht ohne weiteres möglich sind. Zwar wird das System durch die Sicherungsübertragung als offenem Typus durchbrochen. [4] Insgesamt ist aber an der Typenfixierung festzuhalten. Eine Abweichung ist also nur in dem Rahmen möglich, der durch das Gesetz selbst zugelassen ist.

Dieser Rahmen wird auch durch die hier vorgenommene Anwendung der Belastungsvorschriften auf Rechtsgegenstände allgemein nicht überschritten. Wenn heute unter Verfügungsgegenständen auch Parteistellungen in Rechtsverhältnissen verstanden werden, [5] § 1085 BGB aber von der Nießbrauchsbestellung an Gegenständen spricht, so wird durch die Belastung von Parteistellungen der Zweck der Typenordnung nicht umgangen.

---

1). BVerfG NJW 1973, 1225.
2). Larenz Methodenlehre S. 432; Die Typen sollen " auf die Realität des Rechtslebens .... bezogene Sinngebilde " sein.
3). Larenz Methodenlehre S. 439.
4). Larenz Methodenlehre S. 442.
5). S.o.S. 71 ff.

Zu berücksichtigen ist hierbei natürlich, daß der Gesetzgeber nach seiner ursprünglichen Terminologie unter Verfügungsgegenständen nur Sachen und Rechte verstand. Durch die Rechtslehre konnte jedoch nachgewiesen werden, daß die Terminologie dogmatisch unrichtig ist, da nicht über Sachen und Rechte verfügt wird, sondern über Verfügungsgegenstände, unter die neben Sachenrechten und sonstigen Rechten auch Parteistellungen zu zählen sind. [1] Da die Terminologie des Gesetzes in sich aber folgerechtig ist, kann davon ausgegangen werden, daß überall dort, wo von Verfügungen über einen Gegenstand die Rede ist, auch die Verfügung über die Parteistellung im Schuldverhältnis möglich ist. Es kann deshalb auch davon ausgegangen werden, daß die Zulässigkeit der Belastung von Parteistellungen sich nicht zuletzt auch aus § 1085 BGB ergibt.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, § 1085 BGB wolle gerade den Nießbrauch an Rechtskomplexen wie dem Vermögen und u. U. auch Mitgliedschaften ausschließen. Hier ist nämlich ein entscheidender Unterschied zwischen beiden zu erkennen. Zum einen verkörpert zumindest die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft keinen Anteil an einem Gesellschaftsvermögen. Zum anderen stellt das Vermögen an sich keinen einheitlichen Gegenstand, kein komplexes Gebilde dar. Es kann in Bargeld, Immobilien, beweglicher Habe, Anwartschaften, Rechten u.s.w. bestehen. Die Belastung ist deshalb nur an solchen Elementen des Vermögens möglich, die Verfügungsgegenstände sind. Anders die Parteistellung. Bei ihr handelt

---

1). S.o.S. 71 ff.

es sich um einen Gesamtkomplex, der sich zwar auch aus Einzelelementen zusammensetzt, insgesamt jedoch als Einheit zu betrachten ist. [1]

Der Zweck der Typenordnung im Sachenrecht wird durch die Belastung von Parteistellungen in Schuldverhältnissen nicht unzulässig beeinträchtigt. Sinn und Zweck der Typenordnung im Sachenrecht liegen nämlich in der absoluten Wirkung der dinglichen Rechte, [2] die jeder zu respektieren hat und bei denen der Inhalt des Rechts für jedermann erkennbar sein muß. Das aber ist bei der erwähnten Belastung der Parteistellungen in Rechtsverhältnissen gewährleistet. In der Praxis ist die dingliche Belastung von Gesellschaftsbeteiligungen bekannt und auch anerkannt. [3] Daß ein Nießbrauch die Nutzungsmöglichkeiten und ein Pfandrecht die Verwertungsmöglichkeiten an der Beteiligung gewährt, ist ebenso erkennbar. Insofern ist die genannte Konstruktion noch wesentlich überschaubarer als etwa die weithin anerkannte Ersatzlösung, [4] bei welcher der Nießbraucher Gesellschafter werden soll, es sich also in Wirklichkeit nicht um einen Nießbrauch, sondern um eine treuhänderische Übertragung der Mitgliedschaft handelt und damit falsche Vorstellungen bei Dritten geweckt werden können.

Nach alledem ist anzunehmen, daß die teleologische Extension der Nießbrauchs- und Pfandrechtsvorschriften nicht gegen die Grundprinzipien des Sachenrechts verstößt. Die Qualifizierung übertragbarer Parteistellungen in Rechtsverhältnissen als Belastungsgegenstände

---

1). S.o.S. 41
2). Baur SachR S. 4; H. Westermann SachR S. 20.
3). Für die st. Ges. z.B. BFH E 86, 191 (196 ff).
4). S.o.S. 119

ist damit für zulässig anzusehen. Es handelt sich hierbei um einen allgemeinen Rechtsgedanken, der nicht nur im Gesellschaftsrecht, sondern überall dort Anwendung finden kann, wo dingliche Belastungen übertragbarer Parteistellungen vorstellbar sind. [1] Für die stille Gesellschaft bedeutet dies, daß die Mitgliedschaften darin dinglich belastbar sind.

4). Die rechtstechnische Durchführung der Belastung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft.

Es bleibt die Frage offen, in welcher Form die dingliche Belastung der Mitgliedschaft erfolgen soll. Hierbei ist auszugehen von ihrer Übertragung. Diese erfolgt im Wege der Vertragsfreiheit aufgrund eines mehrseitigen Übernahmevertrages. [2] Geht man nun davon aus, daß die dingliche Belastung eine Abspaltung einzelner Befugnisse vom Belastungsgegenstand, also eine teilweise Übertragung ist, [3] so hat die Nießbrauchs- und Pfandrechtsbestellung an Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft ebenfalls im Wege der Vertragsfreiheit zu erfolgen. [4] Auch hier handelt es sich um einen mehrseitigen Vertrag aller Gesellschafter mit dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger auf der Ebene des Gesellschaftsvertrages. Alle Gesellschafter gemeinsam belasten die Parteistellung im Rechtsverhältnis zugunsten des jeweiligen Berechtigten mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht.

---

1). z.B. Versicherungsverhältnis, Darlehensverhältnis, Arbeitsverhältnis usw.
2). S.o.S. 71 ff.
3). so die h.M.: Wolff Raiser § 175 I S. 717 f, § 120 I.S. 481 f; H. Westermann SachR § 126 I u. § 139; Baur SachR § 60 I 1; Hackenbroch aaO S. 33; Teichmann ZGR 72,4.
4). vgl.: auch Langmaak aaO S. 36 ff; Hackenbroch S. 55 ff.

Wie zur Ausgestaltung des Mitgliedschaftsübernahmevertrages die Vorschriften der §§ 398 ff, 413, 414, 415 BGB entsprechende Anwendung finden, [1] so ist zur Ausgestaltung des jeweiligen Belastungsvertrages eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten geboten. [2]

Der Belastungsvertrag stellt sich ebenso wie der Übernahmevertrag als Verfügung über die Parteistellung im Rechtsverhältnis stille Gesellschaft dar. [3]

Ebenso wie bei der Übertragung ist es möglich, einen Gesellschafter zum Vertragsschluß zu bevollmächtigen [4] und zur Verfügung zu ermächtigen. [5] Das kann ad hoc oder bereits im Gesellschaftsvertrag geschehen. [6] Die Übertragbarkeitsklausel im Gesellschaftsvertrag beinhaltet jedoch nicht unbedingt auch die Ermächtigung zur Nießbrauchs- oder Pfandrechtsbestellung, [7] denn es bedeutet für die übrigen Gesellschafter einen wesentlichen Unterschied, ob ein neuer Gesellschafter alle Rechte und Pflichten übernimmt oder ob ein Außenstehender im wesentlichen nur Gesellschafterrechte erhält. Ein gesellschaftsfremder Nießbraucher oder Pfandgläubiger wird regelmäßig andere

---

1). S.o.S. 71 ff.
2). S.o.S. 129 u. Müller Erzbach Mitglsch.S. 290 u. 352.
3). S.o.S. 71 ff.
4). S.o.S. 79
5). S.o.S. 79
6). S.o.S. 80
7). Flume in Festschr. f. Larenz 1972 S. 789; Langmaak aaO S. 36; Hackenbroch aaO S. 58; W. Müller aaO S. 98; a.M.: Teichmann ZGR 73, 40 mit unzutr. Berufung auf Hadding in Festschr. f. Reinhardt 1972, 259.

Interessen haben, als ein Dritter, der in die Gesellschaft eintritt und Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten wird. [1)]

5. Zusammenfassung.

Eine Nießbrauchs- und Pfandrechtsbestellung kann nicht nur an Sachen und Rechten erfolgen, sondern nach teleologischer Extension des jeweiligen Belastungsrechts auch an übertragbaren Parteistellungen in Rechtsverhältnissen.

Demzufolge ist die dingliche Belastung einer stillen Gesellschaft in der Weise möglich, daß ein Dritter die Mitgliedschaft in ihr nutzen oder verwerten darf. Diese Belastung erfolgt grundsätzlich durch einen Vertrag zwischen allen Gesellschaftern und demjenigen, dem die Belastung zugute kommen soll.

---

1). Der Nießbraucher ist z.B. nur an der Gewinnausschüttung, der Pfandgläubiger nur an der Wertsteigerung der Beteiligung interessiert, während der Gesellschafter ein Interesse an beidem hat.

II.: Auswirkungen dinglicher Belastungen auf das Gesellschaftsverhältnis.

1. Belastung beim Geschäftsinhaber.

Wird hier von einer dinglichen Belastung von Mitgliedschaften in der stillen Gesellschaft gesprochen, so ist es in der Praxis nur sinnvoll, die Belastung an stillen Beteiligungen vorzunehmen. Sie können z.B. durch den Gewinnbezug genutzt oder durch Einziehung des Auseinandersetzungsguthabens verwertet werden. [1] Zwar ist es durchaus möglich, daß auch der Geschäftsinhaber sich zur Leistung einer besonderen Einlage verpflichtet, [2] die als Wertgrundlage der jeweiligen Belastung dienen könnte, jedoch wird sich in der Regel eine Belastung der Mitgliedschaft des Geschäftsinhabers als unzweckmäßig erweisen. Hier erscheint es wesentlich sinnvoller, eine entsprechende Belastung am Handelsgeschäft des Inhabers selbst oder an dessen Gegenständen vorzunehmen, denn sie bietet konktretere Sicherungsmöglichkeiten als eine Belastung des Rechtsverhältnisses.

Insofern sind hier also die Probleme einer Nießbrauchs- oder Pfandrechtsbelastung an einem Unternehmen zu berücksichtigen. Dabei taucht die Frage auf, ob ein Unternehmen Rechtsgegenstand sein kann, so daß es einer dinglichen Belastung zugänglich ist. Diese Frage soll im Folgenden nur kurz behandelt werden, da sie das Thema nur am Rande berührt.

---

1). S. u. S. 145 ff u. 189 ff.
2). Paulick aaO § 13 I S. 162.

Grundsätzlich sieht man die Bestellung eines Belastungsrechts am ganzen Unternehmen für nicht zulässig an, sondern jeder einzelne Gegenstand muß belastet werden, wie das etwa in § 1085 BGB geregelt ist. [1)]

Die Anerkennung des Unternehmens als Rechtsgut i.S.d. § 823 I BGB, [2)] die Erwähnung des Nießbrauchs an einem Handelsgeschäft in § 22 II HGB und § 151 II VVG, sowie die Auslegung einiger Vorschriften des Nießbrauchsrechts [3)] lassen einige Autoren dem Unternehmen die Qualifikation eines Rechtsgegenstandes zuschreiben, der mit dinglichen Rechten belastbar ist. [4)]

Auch die herrschende Lehre hat sich dieser Auffassung angenähert.[5)] Sie geht zwar grundsätzlich von der Bestellung des dinglichen Rechts an den einzelnen Gegenständen des Unternehmens aus, ist sich jedoch dessen bewußt, daß damit nicht alle Elemente des Unternehmens, wie z.B. Tätigkeitsbereich, Chancen, Organisation und good will abgedeckt werden können, ein Bedürfnis dafür aber besteht. Ein Nießbrauch an einem Unternehmen wird daher für zulässig gehalten.[5)]

---

1). RG Z 70, 232; 95, 237.
2). BGH NJW 63, 484; 66, 1618; 69, 1207; BGH Z 60, 881.
3). z.B. § 1055 II BGB.
4). v. Godin aaO S. 8 ff; Brecher aaO S. 128 ff; Pisko in Ehrenbergs Hdb. II 1 S. 229.
5). Soergel-Baur § 1085 Anm. 6; Staudinger-Spreng § 1085 Anm. 3; Würdinger Großk.z.HGB § 22 Anm. 51; D-H-Geiler Allgem. Einl. I. Anm. 75; J.v.Gierke aaO S. 74; Müller-Erzbach HR S. 74 f; Palandt-Bassenge § 1085 Anm. 4; Kreifels aaO S. 159.

Böckelmann [1] bezweifelt die Zulässigkeit der dinglichen Wirkung eines solchen Nießbrauchs am Unternehmen. Er bestellt die Belastung an den einzelnen Gegenständen und will den darüber hinausgehenden einheitlichen Nießbrauch nur schuldrechtlich wirken lassen. [2]

Die Zulässigkeit einer Verpfändung des Unternehmens wird dagegen von der herrschenden Lehre mit dem Hinweis darauf, daß nur Sachen und Rechte verpfändet werden dürften sowie wegen einer angeblichen Unmöglichkeit der Pfandverwertung eines Unternehmens verneint. [3] Man läßt nur eine Pfandrechtsbestellung an den einzelnen Gegenständen des Unternehmens zu.

Diese Ansicht erscheint jedoch inkonsequent. Wenn man eine dingliche Belastung am Unternehmen zuläßt, so kann man das nicht nur auf den Nießbrauch beschränken, zumal in § 22 II HGB unter " ähnlichen Verhältnissen " sicher auch ein Nutzungspfandrecht zu verstehen ist. [4] Es ist auch nicht ersichtlich, warum man nicht ein Unternehmen als ganzes etwa durch Pfandversteigerung oder Veräußerung verwerten könnte. Klarer ist daher die Meinung, die neben dem Nießbrauch auch die Verpfändung des Unternehmens als Einheit zuläßt. [5]

---

1). aaO S. 29 ff.
2). Böckelmann aaO S. 32.
3). Staudinger-Spreng § 1204 Anm. 2; J.v.Gierke aaO § 16 III 3; Enneccerus-Nipperdey AT § 133 III ; Würdinger in Großk.z.HGB § 22 Anm.53; Palandt-Bassenge, Überbl. 1b) bb) vor § 1204; RG Z 68, 49 ff; 70, 226 (231); 95, 235 (237).
4). Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan § 22 Anm. 9.
5). Pisko in Ehrenbergs Hdb. II 1 235 f; D-H-Hoeniger § 25 Anm. 40; Staub § 22 Anm. 19; Koumantos aaO S. 28 ff.

Insgesamt soll hier nicht näher auf die Nießbrauchsbestellung oder Verpfändung des Unternehmens eingegangen werden. Es ist aber ersichtlich, daß sowohl zur Kreditsicherung als auch zur Erbfolgeregelung beim Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft die dingliche Belastung des Handelsgeschäfts - sei es in Form einzelner Gegenstände, sei es des Unternehmens insgesamt - regelmäßig günstiger sein wird, als eine Belastung der Mitgliedschaft des Geschäftsinhabers in der stillen Gesellschaft. Die Belastung des Handelsgeschäfts bedarf nicht des Einverständnisses des stillen Gesellschafters, während das bei der Belastung der Mitgliedschaft regelmäßig der Fall sein wird. Über sein Alleinvermögen kann der Geschäftsinhaber grundsätzlich unbeschränkt verfügen.

2). Auswirkungen einer Belastung des Handelsgeschäfts auf den Geeellschaftsvertrag.

Durch die dingliche Belastung seines Unternehmens könnte der Geschäftsinhaber den Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft verletzen.

In diesem Punkt ist bei Auslegung des Gesellschaftsvertrages die gleiche Wertung zu treffen, wie oben [1] bei der Veräußerung des Geschäfts durch den Geschäftsinhaber. Der Gesellschaftsvertrag ist dann verletzt, wenn der Geschäftsinhaber aufgrund der Belastung den gemeinsamen Zweck nicht mehr fördern kann. Das wird bei einer dinglichen Belastung von einzelnen Unternehmensgegenständen meist nicht der Fall sein. Dagegen kann es etwa bei einer Nießbrauchsbestellung am gesamten Unternehmen, bei der dem Nießbraucher eine umfassende Stellung in der Unternehmensführung einge-

1). S. 97 ff.

räumt wird, dem Geschäftsinhaber im Einzelfall unmöglich sein, den vereinbarten Gesellschaftszweck noch zu fördern. Dadurch können dem Stillen u.U. Gewinneinbußen entstehen, [1] die ihm der Geschäftsinhaber dann zu ersetzen hat. Eine derartige dingliche Belastung kann sogar einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gem. §§ 339 I S. 2 HGB, 723 I S. 2 BGB darstellen.

3. Die dingliche Belastung der stillen Beteiligung.

Die Belastung einer stillen Beteiligung vollzieht sich im Wege des Vertrages zwischen Geschäftsinhaber, stillem Gesellschafter und Nießbraucher oder Pfandgläubiger.[2] Wie bei der Übertragung der Mitgliedschaft kann sich auch bei ihrer Belastung in gewissen Situationen eine Pflicht des Geschäftsinhabers zur Mitwirkung bei einem solchen Vertrag ergeben. Wann dies der Fall sein kann, ist wiederum eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrages.

Der Geschäftsinhaber hat ein Interesse daran, das Gesellschaftsverhältnis von Belastungen frei zu halten, da Pfandgläubiger und vor allem Nießbraucher u.U. Einsichtsrechte oder gar Einwirkungsmöglichkeiten erhalten können, [3] die gerade bei der Form der stillen Gesellschaft unerwünscht sind.

---

1). Im Einzelfall aber schwer nachweisbar.
2). s. o. S. 136
3). siehe dazu näher unten S. 163 ff u. 185 ff.

Andererseits hat der stille Gesellschafter gerade in finanziellen Krisensituationen ein Interesse daran, seine Beteiligung als Kreditsicherungsmittel zu benutzen oder eine steuerlich günstige Erbfolgeregelung anzuordnen.

Es ist daher davon auszugehen, daß der stille Gesellschafter von dem Geschäftsinhaber aus Treu und Glauben um so eher Mitwirkung beim Belastungsvertrag verlangen kann, je geringer die Einsichts- und Einflußmöglichkeiten des Belastungsgläubigers bezüglich der Geschehnisse in seinem Handelsgeschäft sind und je größer das Bedürfnis des Stillen ist, etwa aus finanziellen Gründen seine Mitgliedschaft zu belasten. Allerdings wird das finanzielle Bedürfnis des stillen Gesellschafters in der Mehrzahl der Fälle allein nicht ausreichen, wenn die jeweilige Belastung dem Dritten zu viele Rechte gibt. Der Stille ist dann regelmäßig auf Ersatzkonstruktionen wie etwa die Unterbeteiligung angewiesen.[1)]

4). Rechtsfolgen unzulässiger Belastungen stiller Beteiligungen.

Wenn der stille Gesellschafter eine dingliche Belastung an seiner Beteiligung ohne Mitwirkung des Geschäftsinhabers bestellt hat, so sind zwei Alternativen denkbar.

Hat der Stille bei Abschluß des Belastungsvertrages erkennbar auch im Namen des Geschäftsinhabers gehandelt, so liegt ein Fall des § 177 BGB vor. Die Wirksamkeit der Belastung hängt von der Genehmigung des Geschäftsinhabers ab. Bei ihrer Verweigerung schuldet der Stille dem Belastungsgläubiger Schadenersatz nach Maßgabe des § 179 BGB.

---

1). s. dazu näher unten S. 201.

Handelt der stille Gesellschafter ausschließlich im eigenen Namen, so liegt die Verfügung eines Nichtberechtigten [1] gem. § 185 BGB vor. Die Wirksamkeit der Belastung hängt wieder von der Genehmigung des Geschäftsinhabers ab. Erfolgt diese nicht, so kann der Dritte nur gutgläubig (§§ 1058, 1207 BGB analog) den Nießbrauch oder das Pfandrecht erworben haben, wenn der Stille bei ihm den Eindurck erweckt hat, als sei er Alleinverfügungsberechtigter. Ist das nicht der Fall, so kommt ein Schadensersatzanspruch des Dritten gegen den stillen Gesellschafter wegen dessen Unvermögen zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Belastungsvertrag in Betracht.

Bei gutgläubigem Erwerb des Dritten steht dem Geschäftsinhaber neben einem Herausgabeanspruch nach § 816 BGB ein Schadensersatzanspruch gegen den Stillen wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages zu. Außerdem stellt die Verletzung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses dar.

---

1). Nur bezüglich der Mitverfügungsmacht des Geschäftsinhabers.

III.: Die praktische Ausgestaltung dinglicher Belastungen an der stillen Beteiligung.

A.: Die Nießbrauchsbestellung an stillen Beteiligungen.

Dem Nießbraucher gebühren gem. §§ 1068 II, 1030 I BGB die Nutzungen des Belastungsgegenstandes. Das sind gem. § 100 BGB die Früchte und sonstige Gebrauchsvorteile. Was zu den Früchten und Gebrauchsvorteilen einer stillen Beteiligung gehört und damit dem Nießbraucher daran gebührt, bleibt zu untersuchen.

1. Die vermögensrechtliche Seite der Nießbrauchsbestellung an der Mitgliedschaft.

a). Der Gewinnanspruch.

In erster Linie gebührt dem Nießbraucher der Gewinnanspruch des stillen Gesellschafters als bestimmungsgemäßer Ertrag und damit als Frucht [1] der Mitgliedschaft. Er steht ihm genauso und zu demselben Zeitpunkt zu, wie dem stillen Gesellschafter. [2] Der Nießbraucher hat den Anspruch kraft seines dinglichen Rechtes direkt gegen den Geschäftsinhaber. [3] Da der Nießbrauch an der Mitgliedschaft besteht, stehen dem Nießbraucher deren Erträge und nicht etwa prozentual die des

---

1). vgl.: § 99 II BGB.
2). vgl.: Wiedemann aaO S. 403 f; Huber aaO S. 416; Mentz aaO S. 132 ff; Langmaak aaO S. 41 ff; Teichmann ZGR 72, 7; Müller-Erzbach Mitgl. S. 361, H. Westermann Hdb. RZ 335; BGH DB 72, 1283(1285).
3). so für Gesamthandsgesellschaften:Mentz aaO S. 132; Langmaak aaO S. 42; Wiedemann aaO S. 403 f; a.M.: Teichmann ZGR 72, 7 f, der Abtretung durch den Primärgesellschafter fordert.

Handelsgewerbes des Geschäftsinhabers zu. [1] Der Gewinn der stillen Beteiligung kann im Verhältnis geringer sein als der des Handelsgewerbes, wenn z.B. der Geschäftsinhaber weiteren Gewinn nicht in Verfolgung des gemeinsamen Zwecks erwirtschaftet hat.[2]

aa). Bildung von Rücklagen und Reserven.

Fraglich ist, wem die für eine gewisse Dauer gebildeten freien Rücklagen [3] oder die durch Unterbewertung des Bestandes entstehenden stillen Reserven zustehen, wenn diese aufgelöst werden. Das deshalb, weil solche Reserven zur Substanz der Beteiligung gerechnet werden könnten und damit nicht als Nutzungen anzusehen wären. [4]

Grundsätzlich sind freie Rücklagen jedoch als Teile vom Jahresüberschuß des Unternehmens anzusehen, der eben zurückgehalten wird. [5] Auch die stillen Reserven mindern in voller Höhe den Gewinn.[6] Kommt es zur Auflösung der Reserven, so ist der Stille an diesem Buchgewinn zu beteiligen.[7] Das

---

1). Wiedemann aaO S. 404 f; BGH DB 72, 1284.
2). Paulick aaO S. 205; Koenigs aaO S. 189.
3). vgl.: §§ 58, 254 AktG.
4). v. Godin S. 98 f; Mentz S. 136.
5). vgl.: §§ 58, 254 AktG; Paulick aaO S. 194.
6). Engelhardt - Raffée S. 79.
7). Paulick aaO S. 206; Koenigs aaO S. 186; D-H-Flechtheim § 340 Anm. 5, u. § 337 Anm. 7; Schl.-Geßler § 340 Anm. 6; Schilling Großk.z. HGB § 340 Anm. 5; Sudhoff NJW 60, 2121; Zinkeisen aaO S. 62 u. 65; BGH LM § 340 HGB Nr. 3.

gilt jedoch nicht für die allgemein üblichen, auf kaufmännischer Vorsicht beruhenden Abschreibungen.[1] Derartige Unterbewertungen im Rahmen der normalen Geschäftsführung kommen dem Stillen nicht zugute.[2]

Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, daß freie Rücklagen und stille Reserven die Gewinne des Unternehmens mindern. An ihrer Ausschüttung ist der stille Gesellschafter aufgrund seiner Mitgliedschaft bis auf wenige Ausnahmen beteiligt. Sie sind genauso als Ertrag der Beteiligung zu betrachten, wie sofort ausgezahlte Gewinne.

Damit handelt es sich um Nutzungen, die auch dem Nießbraucher an der Beteiligung zustehen. Das kann natürlich nur für den Fall gelten, daß der Nießbrauch bereits zu dem Zeitpunkt bestand, als die freien Rücklagen oder stillen Reserven gebildet wurden. Lag die Bildung der Reserven vor der Nießbrauchsbestellung, so hat der Nießbraucher auch keinen Anspruch darauf.

---

1). BGH LM § 340 HGB Nr. 3.

2). Die Unterscheidung zwischen Wertsteigerungen im Umlaufvermögen, an denen der Stille beteiligt sein soll, und denen im Anlagevermögen, wovon er ausgeschlossen sein soll (D-H-Flechtheim § 337 Anm. 4 ff; RGRK HGB Weipert § 337 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler § 337 Anm. 4 ff; Paulick aaO S. 192 ff; Koenigs aaO S. 188; BGH LM § 340 HGB Nr. 3.) erscheint m.E. jedoch wenig praktikabel,(so auch Sudhoff NJW 60, 2121 ff; Fischer JR 62, S. 201 ff, insbes. 204), denn oft werden durch die Einlage des Stillen Wertsteigerungen im Anlagevermögen erst möglich.

Diese Regelung könnte jedoch durch die Gesellschafter arglistig ausgenutzt werden, wenn sie stets neue hohe Reserven bilden, so daß der Reingewinn für den Nießbraucher gering bleibt, sie für sich selbst aber alte, vor Nießbrauchsbestellung angelegte Reserven auflösen. [1] Eine solche Vorgehensweise verstößt jedoch gegen den der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegenden Vertrag. Außerdem könnte der Nießbraucher gem. § 1065 BGB analog gegen derartige Machenschaften der Gesellschafter vorgehen. [2] Es würde sich auch eine entsprechende Klausel im Belastungsvertrag empfehlen, nach der ein Nießbraucher auch an aufzulösenden Reserven teilhat, die vor seiner Zeit gebildet wurden. [3]

bb). Aufstockung der Einlagen.

Eine etwas andere Regelung ist zu treffen, wenn aus den gebildeten Rücklagen die Einlagen der Gesell-

---

1). vgl. Mentz aaO S. 137.
2). vgl. dazu näher
3). Der Vorschlag von Mentz aaO S. 138 und v. Godin aaO S. 89, den Nießbraucher nur in mageren Jahren an den aufgelösten Reserven zu beteiligen, erscheint dagegen unrealistisch, denn der Nießbrauch soll nicht ein fortdauerndes gleichmäßiges Einkommen sichern, sondern die Nutzungen des Belastungsgegenstandes grundsätzlich in der jeweiligen Periode gewähren.

schafter aufgestockt werden. Hier steht dem Nießbraucher, auch wenn die Rücklagen aus seiner Zeit stammen, nicht die Einlagenerhöhung unmittelbar zu, denn nur der stille Gesellschafter als Mitglied ist Inhaber der aufgestockten stillen Beteiligung.[1] Die Mitgliedschaft in der stillen Gesellschaft bildet stets eine Einheit.[2] Da der Nießbrauch dem Berechtigten aber die Nutzungen der gesamten Mitgliedschaft gewährt, erhält der Nießbraucher auch den Gewinn der aufgestockten Beteiligung.[3]

Ein mißbräuchliches Verhalten der Gesellschafter in der Weise, daß sie durch ständige Erhöhung der Einlage des Stillen aus fortwährend neu gebildeten Rücklagen dem Nießbraucher die laufenden Gewinne entziehen, würde gegen den Belastungsvertrag verstoßen. Zumindest könnte der Nießbraucher gem. § 1065 BGB analog dagegen vorgehen.

In diesem Zusammenhang ist noch zu beachten, daß stehen gelassene Gewinnanteile nicht automatisch die Einlage erhöhen, es sei denn, dies ist im Gesellschaftsvertrag vereinbart. (§ 337 III HGB).

---

1). so für die KG.: BGH DB 1972, 1283 ff.
2). S.o.S. 41
3). Teichmann ZGR 72, 18 fordert dann eine Rückübertragung des Gewinns aus der aufgestockten Beteiligung an den Gesellschafter. Das hat seinen Grund darin, daß Teichmann die ausgeschütteten Reserven grds. nicht dem Nießbraucher zukommen lassen will, vgl.: ZGR 72, 177, was m. E. aber unbillig wäre. S.o.S. 145 f.

b). Die Verlustbeteiligung.

Ist der stille Gesellschafter am Verlust des Handelsgeschäfts beteiligt (§ 337 II HGB), so trifft dies den Nießbraucher nicht unmittelbar, denn Verluste sind keine Nutzungen. [1)]

Wenn aber der Nießbraucher Verluste auch nicht direkt auszugleichen hat, so kann sich sein Gewinnanteil doch erheblich mindern oder gar ausbleiben, wenn gem. § 337 II S. 2 2. Halbs. HGB die durch Verluste verminderte Einlage in der Form wieder aufgefüllt wird, daß dazu der jährliche Gewinn verwendet wird. [2)] Der Nießbraucher sollte sich hiergegen im Belastungsvertrag absichern.

Wird die Einlage nicht durch die jährlichen Gewinne wieder aufgestockt, so ist der Nießbraucher ebenfalls mittelbar betroffen, denn er erhält den Gewinnanteil nur von der um die Verluste geminderten Einlage. Deshalb kommt eine Vereinbarung nach § 336 II HGB in jedem Fall auch dem Nießbraucher zugute.

c). Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben.

aa) Auseinandersetzungsguthaben als Nutzung?

Auch der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben könnte eine Nutzung der Mitgliedschaft sein. Nach § 340 I HGB hat der Geschäftsinhaber das Guthaben des Stillen in

---

1). §§ 1068 II, 1047 BGH analog greifen nicht ein, denn dort sind nur öffentliche Lasten und solche privatrechtlicher Art angesprochen, die vor Nießbrauchsbestellung auf dem Gegenstand ruhten.
2). Mentz aaO S. 147; Koenigs aaO S. 198.

Geld zu berichtigen. Soweit damit das Guthaben auf dem Einlagenkonto gemeint ist, handelt es sich offensichtlich nicht um Nutzungen der Mitgliedschaft, sondern um ein Surrogat der Beteiligungssubstanz, die dem Nießbraucher nicht zusteht. [1]

Soweit es sich aber um stehen gebliebene oder zurückgehaltene Gewinne aus einer Zeit handelt, in der der Nießbrauch bereits bestand, sind diese an den Nießbraucher als Nutzungen der Mitgliedschaft direkt auszuzahlen. [2]

bb) Nießbrauch am Surrogat der Beteiligung.

Auch an dem Guthaben auf dem Einlagenkonto stehen dem Nießbraucher nach Beendigung der Gesellschaft aber vor Beendigung des Nießbrauchs noch Rechte zu. Es erscheint angemessen, daß sich der Nießbrauch an dem Auseinandersetzungsanspruch als einem Surrogat der Mitgliedschaft fortsetzt.

Obwohl das Gesetz einen allgemeinen Surrogatsbegriff nicht kennt, wird doch gerade der Nießbrauch an Ersatzgegenständen im BGB mehrfach erwähnt. [3] Die Interessenlage beim Auseinandersetzungsanspruch ist ähnlich wie bei einer Versicherungssumme, die für eine untergegangene Sache gezahlt wird, oder bei den Gegenständen, die anstelle eines Miteigentümeranteiles oder einer Forderung treten, denn in

---

1). Mentz aaO S. 160; Langmaak aaO S. 35; Huber aaO S. 416; Wiedemann aaO S. 417 f; Teichmann ZGR 72,15.
2). S.o.S. 147; a.M.: Mentz aaO S. 161.
3). vgl.: §§ 1066 III, 1046, 1075, 1077 BGB.

allen diesen Fällen wird der mit einem Nießbrauch belastete Gegenstand durch einen anderen ersetzt. Deshalb sind die §§ 1066 III, 1046, 1075, 1077 BGB hier analog anwendbar. [1)]

In Anbetracht des Vertrauens, das der Nießbraucher in den Fortbestand der Beteiligung gesetzt hat und der Tatsache, daß ihm anderenfalls nur Schadenersatzansprüche zustehen, ist davon auszugehen, daß ihm bei Auflösung der Gesellschaft nicht nur ein Anspruch auf Einräumung des Nießbrauchs am Auseinandersetzungsguthaben zusteht, [2)] sondern daß sich der Nießbrauch automatisch an dem Surrogat fortsetzt. [3)]

Zusätzlichen Schutz genießt der Nießbraucher dadurch, daß er gem. § 1079 BGB analog einen Anspruch auf nutzbringende Anlage des Kapitals hat. Bestand die Einlage des stillen Gesellschafters in Sachen und werden diese bei der Auseinandersetzung zurückgegeben, so setzt sich der Nießbrauch daran fort.

---

1). Ähnlich auch Langmaak aaO S. 61; und Mentz aaO S. 162 ff sowie Huber aaO S. 416, die aber jeweils nur eine der genannten Vorschriften analog anwenden wollen. M-E. ist jedoch nur der in allen Vorschriften auftretende Surrogatsgedanke entscheidend.

2). so Mentz aaO S. 163.

3). so auch: Langmaak aaO S. 63; Wiedemann aaO S. 403; Huber aaO S. 416.

2. Die herrschaftsrechtliche Seite der Nießbrauchsbestellung an der Mitgliedschaft.

Auf der herrschaftsrechtlichen Seite der Mitgliedschaft ist für die Nießbrauchsbestellung einmal die Frage interessant, welche Gemeinschaftsbeziehungen als Nutzungen der Mitgliedschaft anzusehen sind und zum anderen, ob diese Befugnisse überhaupt von dem Gesellschafter auf den Nießbraucher übertragen werden dürfen.

a). Mitwirkungsrechte als Nutzungen?

Bezüglich der ersten Frage ist es offensichtlich, daß es sich bei den Gemeinschaftsbefugnissen nicht um Früchte der Mitgliedschaft handelt, denn etwa Geschäftsführungs- oder Kontrollrechte kann man nicht zu den bestimmungsgemäßen Erträgen der Mitgliedschaft zählen.[1)]

Zu untersuchen bleibt, ob es sich um Gebrauchsvorteile iSd § 100 BGB handeln kann. Das wird von einigen Stimmen für die Verhältnisse bei den Kapitalgesellschaften bejaht.[2)] Dem kann hier jedoch nicht gefolgt werden. Ist allein schon zweifelhaft, ob man eine Gesellschaftsbeteiligung überhaupt gebrauchen kann,[3)] so muß doch mit Sicherheit anzunehmen sein, daß ein Gebrauchsvorteil iSd § 100 BGB nur dann vorliegen würde, wenn das aus der Mitgliedschaft fließende Recht für sich allein und nicht nur im

---

1). Soergel-Baur § 99 Anm. 11; Mentz aaO S. 182; Wiedemann aaO S. 411; Huber aaO S. 416.
2). RG Z 118, 266 ff(268); Staudinger-Coing § 100 Anm. 3; Enneccerus-Nipperdey § 127 VI S. 821 Anm. 21; Palandt-Danckelmann § 100 Anm. 1.
3). dagegen Huber aaO S. 416.

Zusammenhang mit dem Gebrauch der Gesellschafterstellung insgesamt einen Vorteil für den Berechtigten darstellen würde. Die Ausübung von Mitwirkungsbefugnissen in Personengesellschaften ist kein Selbstzweck und kann daher nicht als Nutzung der Mitgliedschaft angesehen werden. [1)]

b). Allgemeines Verwaltungsrecht des Nießbrauchers.

Auch die Annahme eines allgemeinen Verwaltungsrechts des Nießbrauchers, das von einigen Autoren [2)] aus §§ 1032, 1036 I, 1041 ff BGB gelesen wird, erscheint unrichtig. Eine solche Befugnis, die sich schon beim Nießbrauch an Sachen nicht eindeutig aus dem Gesetz ergibt, auf den Nießbrauch an Mitgliedschaften in Personengesellschaften zu übertragen, muß als mit sachenrechtlichen Grundsätzen unvereinbar gewertet werden.[3)] Dies umso mehr, als hier zusätzlich die Vorschrift des § 717 BGB entgegensteht.

Es gehört damit grundsätzlich nicht zum Nießbrauch an einer stillen Beteiligung, daß gesellschafterliche Mitwirkungsbefugnisse vom stillen Gesellschafter auf den Nießbraucher übergehen.

c). Die Übertragung von Mitverwaltungsrechten auf den Nießbraucher durch zusätzliches Rechtsgeschäft.

Zu erörtern bleibt, inwieweit durch zusätzliches schuldrechtliches Rechtsgeschäft Mitwirkungsrechte

---

1). Langmaak aaO S. 81; Mentz aaO S. 182; Wiedemann aaO S. 411; Soergel-Baur § 99 Anm. 11; v. Staudinger-Spreng §§ 1081, 1082 Anm. 1;
2). Langmaak aaO S. 86; v.Staudinger-Spreng §§ 1081, 1082 Anm. 1.
3). So Mentz aaO S. 183.

des Gesellschafters auf den Nießbraucher übertragen und damit von der Mitgliedschaft abgespalten werden können. Dem steht grundsätzlich die Vorschrift des § 717 S. 1 BGB entgegen. Diese Regelung wird als Ausprägung der Personenbezogenheit des Gesellschaftsverhältnisses angesehen.[1] Es stellt sich die Frage ob und in welchem Umfang sie durch Vereinbarung aller Gesellschafter abbedungen werden kann. Hier stehen sich Vertragsfreiheit und Typenordnung im Gesellschaftsrecht gegenüber.

aa) Das Prinzip der Vertragsfreiheit.

Die früher herrschende Auffassung[2] sah in § 717 BGB eine dispositive Vorschrift. Das wurde damit begründet, daß es sich um eine nur den Schutz der Gesellschafter bezweckende Regelung handele, jene sich aber selbst stets dieses Schutzes begeben könnten. Der Vertragsfreiheit wurde hier uneingeschränkt Vorrang eingeräumt.

bb). Der Grundsatz der Typenordnung.

Im Laufe der Zeit wurde im Hinblick auf die typischerweise mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte der dispositive Charakter des § 717 S. 1 BGB immer mehr eingeschränkt, bis man endlich die Regelung als zwingend ansah und heute die Übertragung von Mitwirkungsbefugnissen generell trotz Einverständnis aller Gesellschafter für unzulässig

1). BGH Z 20, 363; LM Nr. 6 zu § 105 HGB; Hueck ZHR 83.21; Fischer RGRK BGB § 717 Anm. 10; Soergel-Sch.v. Lasaulx § 717 Anm. 1; v. Staudinger-Keßler § 717 Anm. 21 a; Würdinger PersGes. § 11 I 2 S. 48; Paulick aaO S. 141.

2). D-H-Geiler Allgem. Einl.II Anm. 36b; Enneccerus-Lehmann § 177 III 2; Plank-Lobe § 717 Anm.3; RGRK BGB Oegg 10. Aufl. 1953 § 717 Anm. 4; Hueck ZHR 83, 18; RG Z 170,39;172,199; JW 1919,933 Nr. 4; LZ 1921,617 Nr. 6.

hält.[1] Als Begründung für diese Meinung wird oft das Wesen der Gesamthandsgesellschaft [2] oder der Personengesellschaft [3] angegeben. Auch stellt man auf die Verfügungsbefugnis der Gesellschafter über die Mitgliedschaft ab, die in den Mitwirkungsrechten verkörpert sei. Die Gesellschafter dürfen sich dieser Verfügungsmacht gem. § 137 BGB nicht begeben.[4] Weiter wird argumentiert, daß die Mitgliedschaft ohne die Verwaltungsrechte undenkbar sei. Sie werde durch die Übertragung dieser Rechte ausgehöhlt. Während die Gesellschafter bei der Ausübung von Verwaltungsrechten der Treuepflicht unterworfen seien, falle dies bei Gesellschaftsfremden weg. Zwingende gesellschaftsrechtliche Ordnungsprinzipien sprächen daher für eine Unteilbarkeit der Mitgliedschaft in dieser Hinsicht.

---

1). BGH Z 3, 354 (357); 20, 363 (364); 10, 44 (49f); 25, 115 (122); 36, 292 (294); Hueck JZ 52, 115; Soergel-Sch.v. Lasaulx § 717 Anm. 4; v. Staudinger-Keßler § 717 Anm. 21 a; Müller-Erzbach Mitglsch. S. 241; Wiedemann aaO S. 277 ff; Heinsheimer aaO S. 22; Schilling in Großk.z.HGB § 161 Anm. 31 ff; Baltzer aaO S. 132 f; Beuthien ZGR 74, 30 f u. 49 f; Huber aaO S. 50 ff; Teichmann Gestaltungsfr. aaO S. 189 ff (225); Richardi aaO S. 39; RGRK BGB - Fischer § 717 Anm. 10; H.P. Westermann aaO S. 388 ff (397).

A.M. noch heute: Möhring Jur. Jahrb. Bd. 7 1966/67 S. 123 (137 ff); Erman in Festschr. f. Nipperdey Bd. I S. 277 ff; Kubisch NJW 56, 1753; Holch DNotZ 1958, 282 ff; Heins NJW 48, 253.

2). BGH Z 3, 354.

3). BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB.

4). Wiedemann aaO S. 283 ff; H.P. Westermann aaO S. 396; H. Westermann Hdb. RZ 321 a.E.

cc). Die Übertragung von Mitwirkungsrechten speziell in der stillen Gesellschaft.

Im Bereich der stillen Gesellschaft ist das Problem eines Abspaltungsverbots bisher weitgehend unerörtert geblieben. In der Literatur scheint allerdings die Neigung zu bestehen, die Übertragung einzelner Mitgliedschaftsrechte mit Einverständnis aller Gesellschafter zuzulassen. [1] Lediglich die freie Übertragbarkeit wird für den personenbezogenen Teil der Mitgliedschaft ohne Einverständnis des anderen Gesellschafters ausgeschlossen. [2]

Ein solches Vorgehen ließe sich entweder mit dem von der früher herrschenden Meinung angeführten Argument der Vertragsfreiheit vertreten oder mit der Argumentationsweise des BGH [3], der die Abspaltung von Mitverwaltungsrechten mit dem Wesen der Gesamthandsgemeinschaft für unvereinbar erklärt. Eine gesamthänderische Verbundenheit besteht ja bei der stillen Gesellschaft nicht.

dd). Abspaltungsverbot auch bei der stillen Gesellschaft.

Die dargelegte Beurteilung erscheint wenig überzeugend. Die Typengesetzlichkeit im Gesellschaftsrecht darf auch bei der stillen Gesellschaft nicht völlig außer acht gelassen werden. Nach dem hier

---

1). Paulick aaO S. 141; Koenigs aaO S. 156 u. 167 f (" nicht selbständig "); Hartmann aaO S. 63; Schilling in Großk. z. HGB § 335 Anm. 60, u. § 338 Anm. 8.
2). insbes. Paulick aaO S. 141.
3). BGH Z 3, 354 (357); ihm folgend Baumbach-Duden § 119 Anm. 2 E.

erzielten Ergebnis [1] handelt es sich bei der stillen Gesellschaft um ein personen- und gemeinschaftsbezogenes Schuldverhältnis. Die Eingliederung der Person in die lockere Organisation und die Zuweisung von Ämtern und Rechtspositionen aufgrund dieser Eingliederung bedingen sich derart, daß Mitgliedschaft und Person des Mitglieds streng miteinander verbunden sind. Dieser Charakter der Mitgliedschaft verbietet es, einzelne Rechte, die auf der Zugehörigkeit zur Gesellschaft basieren und zu deren Erhaltung dienen, einem Gesellschaftsfremden zu übertragen. Die Ausübung ist grundsätzlich auf die Mitglieder beschränkt.

Damit ist gleichzeitig gesagt, daß nicht das Wesen der Gesamthandsgesellschaft, sondern das Wesen der Personengesellschaft einer Abspaltung der Mitwirkungsbefugnisse entgegensteht. [2]

Verstärkt wird diese Ansicht noch durch das Argument der " Sonderrechtsunfähigkeit " der Mitwirkungsbefugnisse. [3] Wie oben [4] dargestellt wurde, handelt es sich bei der Mitgliedschaft als Parteistellung um einen Verfügungsgegenstand, bei dem die Verfügungsmacht den an dem Rechtsverhältnis Beteiligten, also den

---

1). S. u. S. 39 ff.
2). So der BGH auch selbst in anderen Entsch.: BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB; BGH Z 20, 363 (364) gefolgt von Fischer Anm. z. BGH LM Nr. 1 zu § 105 HGB; Staudinger - Geiler - Keßler § 717 Anm. 21 a; Hueck JZ 52, 115; Siebert StbJB 1955/56 S. 321.
3). H.P. Westermann aaO S. 396; Wiedemann aaO S. 283 ff; H. Westermann Hdb. RZ 321 a.E.
4). S. o. S. 71 ff.

Gesellschaftern zusteht. Konkretisiert wird diese Verfügungsmacht durch die Herrschaftsrechte wie z.B. das Stimmrecht und das Kündigungsrecht, denn etwa mit einer Kündigung wird auch über die Parteistellung im Rechtsverhältnis verfügt. Mit der Übertragung dieser Befugnisse auf Dritte würde daher den Gesellschaftern ein Teil der Verfügungsmacht über die Mitgliedschaft genommen. Die Verfügungsmacht ist jedoch untrennbar mit dem Verfügungsgegenstand verbunden. [1] Das besagt der allgemeine Rechtsgedanke, der hinter § 137 BGB steht. Die Gesellschafter können sich zwar zum Nichtgebrauch ihrer Verfügungsmacht verpflichten, sich ihr jedoch nicht vollständig begeben. Auch wenn sie gem. § 185 BGB andere zur Verfügung ermächtigen, bleiben sie selbst ebenfalls berechtigt. [2]

Demnach muß auch in der stillen Gesellschaft die Abspaltung der Mitwirkungsbefugnisse insoweit als unzulässig angesehen werden, als dem Mitglied nur die formale Mitgliedschaft verbleiben soll, die Mitwirkungsbefugnisse als Teil der Verfügungsmacht aber auf einen Dritten übergehen sollen. Somit können auch dem Nießbraucher an einer stillen Beteiligung derartige Rechte nicht übertragen werden. Selbst wenn man der Meinung [3] folgt, daß bei der Nießbrauchsbestellung keine Abspaltung vorliege,

---

1). H. P. Westermann aaO S. 396.
2). Larenz AT § 18 II c S. 265 f.
3). Ulmer in Großk. z. HGB § 139 Anm. 94; Rohlff NJW 71, 1339; Langmaak aaO S. 99 u. 108; Teichmann ZGR 72, 6.

weil man nicht einzelne Rechte übertragen, sondern die Mitgliedschaft insgesamt belasten und damit den Nießbraucher möglichst umfassend in die Mitgliedschaft einrücken lassen wolle, kommt man hier zu keinem anderen Ergebnis, denn die Mitwirkungsbefugnisse sind nicht Nutzungen und gebühren damit nicht dem Nießbraucher. [1] Eine Übertragung wäre nur durch schuldrechtliches Zusatzgeschäft möglich geworden, [2]. Hier greift aber das Abspaltungsverbot ein.

Es ist daher davon auszugehen, daß beim Nießbrauch an einer stillen Beteiligung alle Mitwirkungsrechte als sog. Substanzbefugnisse [3] beim stillen Gesellschafter bleiben, dem diese Rechte als Elemente seiner Mitgliedschaft zustehen. [4]

d). Abgeleitete Rechte des Nießbrauchers.

Es bleibt zu erörtern, inwieweit dem Nießbraucher vom Gesellschafter abgeleitete Befugnisse zur Ausübung der Mitwirkungsrechte eingeräumt werden können.

---

1). S. o. S. 153
2). Teichmann ZGR 73, 31.
3). Wiedemann aaO S. 286.
4). So im Ergebnis für Gesamthandsgesellschaften: Huber aaO S. 416; Teichmann ZGR 72, 9 ff u. ZGR 73, 31.
Anders Flume in Festschr. f. Larenz 1972 S. 786; Wiedemann aaO S. 412 ff, die dem Nießbraucher Mitwirkungsbefugnisse in der laufenden Verwaltung nicht aber bei Geschäften übertragen wollen, die die Mitgliedschaft selbst betreffen. Diese Aufteilung erscheint jedoch praktisch undurchführbar. Vgl.: Langmaak aaO S. 108 ff, der deshalb gemeinsame Ausübung der Verwaltungsrechte empfiehlt.

aa). Ermächtigung zur Ausübung der Mitwirkungsrechte.

Zu denken wäre an eine Ausübungsermächtigung etwa entsprechend der Verfügungsermächtigung iSd § 185 I BGB. Der Nießbraucher könnte dann im eigenen Namen aber mit Wirkung für den Gesellschafter Mitwirkungsrechte ausüben. Daneben wäre der stille Gesellschafter weiterhin auch selbst verfügungsbefugt.

Abgesehen von der Frage, ob unsere Rechtsordnung eine solche Ermächtigung überhaupt zulassen würde, ist jedoch zu berücksichtigen, daß bei dieser Ausübungsermächtigung der Nießbraucher in der stillen Gesellschaft, die ja nur Innengesellschaft ist, dem oder den Mitgesellschaftern gegenübertritt, die ihr Einverständnis zu dieser Ermächtigung geben müßten. Für sie handelt der Nießbraucher also stets erkennbar aus der Position des Primärgesellschafters, auch wenn er nicht unbedingt dessen Weisungen folgt.[1] Diese Ermächtigung wäre daher einer Bevollmächtigung des Nießbrauchers zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte gleichzusetzen, bei der das Offenkundigkeitsprinzip vorausgesetzt ist.

bb). Die Vollmacht zur Ausübung von Mitwirkungsrechten.

Eine Vollmacht zur Ausübung der Mitwirkungsbefugnisse ist mit Einverständnis aller Gesellschafter als

---

1). H.P. Westermann aaO S. 401.

zulässig anzusehen. [1] Das ist zumindest für die wichtigsten Mitverwaltungsrechte allgemein anerkannt. So z.B. für die Kontrollrechte,[2] das Stimmrecht [3] und die Geschäftsführung.[4]

Lediglich eine verdrängende Vollmacht in der Form, daß mit der Bevollmächtigung zugleich mit absoluter Wirkung die Rechte des Vollmachtgebers eingeschränkt werden, ist unzulässig. [5] Darüber hinaus muß jedoch auch eine unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung von Mitverwaltungsrechten, die mit einem Verzicht des Gesellschafters auf diese Rechte einhergeht als unzulässig angesehen werden, da sie faktisch einer Abspaltung gleichkommt. [6]

---

1). Fischer in Großk. z. HGB § 109 Anm. 19; Wiedemann aaO S. 350; H.P. Westermann aaO S. 403 ff; Beuthin ZGR 74, 53; Ulmer in Großk. z. HGB § 132 Anm. 9; BGH Z 3, 354 (357).

2). BGH Z 25, 115 (122); BGH WM 61, 1329; Schilling in Großk. z. HGB § 338 Anm. 8; Fischer in Großk. z. HGB § 118 Anm. 4 a; Schlegelberger-Geßler § 118 Anm. 3; H.P. Westermann aaO S. 403.

3). RG Z 123, 300; BGH Z 3, 354 (357); D-H-Flechtheim § 114 Anm. 3; Fischer in Großk. z. HGB § 119 Anm. 27; Baumbach-Duden § 119 Anm. 3 C; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 1; H.P. Westermann aaO S. 404.

4). RG Z 2, 30; Fischer in Großk. z. HGB § 114 Anm. 8 a; D-H-Flechtheim § 114 Anm. 3; Schilling in Großk. z. HGB § 335 Anm. 60; H.P. Westermann S. 403.

5). Staudinger-Coing § 168 Anm. 12 b; Soergel-Schultze - v. Lasaulx § 168 Anm. 24.

6). So vor allem der BGH in BGH Z 3, 354 und das überwiegende Schrifttum. Z.B. BGH RGRK Fischer § 717 Anm. 11; Hueck JZ 62, 362; H. Westermann Hdb. RZ 322.

Als Resultat bleibt damit festzustellen, daß es durchaus möglich ist, dem Nießbraucher an einer stillen Beteiligung mit Einverständnis aller Gesellschafter im Wege der Vollmacht Mitverwaltungsrechte des stillen Gesellschafters zur Ausübung zu überlassen.

e). Die Einräumung von Mitwirkungsrechten für den Nießbraucher.

Zu untersuchen bleibt, ob dem Nießbraucher nicht eigene zusätzliche Mitwirkungsbefugnisse neben denen der Gesellschafter eingeräumt werden können.

aa). Informations- und Kontrollrechte.

Anders als bei den übrigen Gemeinschaftsrechten ist eine parallele Gewährung der Informations- und Kontrollrechte neben denen des Gesellschafters nicht mit Einschränkungen für diesen verbunden, denn sie sind nicht auf unmittelbare Mitwirkung am Gesellschaftsgeschehen gerichtet. Sie dienen nur zur Überwachung und Information für den einzelnen Gesellschafter bzw. Nießbraucher. Während etwa eine zusätzliche Einräumung eines Stimmrechts insgesamt die Stimmrechtsmacht aller Gesellschafter schmälert, ist bei den Kontrollrechten eine uneingeschränkte Koexistenz möglich.

Daher wird nach der heute überwiegenden Meinung bei Personengesellschaften die Einräumung unmittelbarer Informations- und Kontrollrechte an Gesellschaftsfremde mit Einverständnis aller Gesellschafter für zulässig gehalten. [1] Das jedoch nur als selbständige Befugnis und nicht als gesellschaftliches Verwaltungsrecht. [2] Wie etwa einem stillen Gesellschafter an einer OHG gem. § 338 HGB unmittelbare Kontrollrechte gegenüber der OHG als Geschäftsinhaber zustehen, [3] ohne daß er Gesellschafter der OHG ist, so ist dies auch bei anderen Nichtgesellschaftern wie Nießbrauchern und Pfandgläubigern möglich.

Bei der stillen Gesellschaft ist die Lage etwas anders als bei den übrigen Personengesellschaften. Da die Kontrollrechte dem Nichtgesellschafter Einsicht in die Bücher des Geschäftsinhabers gewähren, ist es in dessen Belieben gestellt, ob er einem Fremden diese Einsicht gewähren will. Ist der Geschäftsinhaber Einzelkaufmann, so entscheidet er allein darüber. Handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, so entscheidet die Gesellschafterversammlung, soweit die allgemeine Publizitätspflicht nicht ausreicht. [4] Ist der Geschäftsinhaber eine Personengesellschaft, so können dem Nießbraucher an der stillen Beteiligung die Einsichtsrechte mit Einverständnis aller Gesellschafter der Personengesellschaft eingeräumt werden. Nur hier also ist die oben erwähnte Problematik relevant.

---

1). BGH Z 10, 44(49 f); NJW 60, 963(964) = JZ 60, 496 m. Anm. v. Hueck; Fischer, Großk.z. HGB § 118 Anm. 4; Schl.-Geßler § 109 Anm. 10; Wiedemann aaO S. 290 ff; RGRK BGB Fischer § 717 Anm. 10; Nitschke aaO S. 275.
2). Fischer RGRK BGB § 717 Anm. 10; Beuthin ZGR 74,52.
3). Hueck FS F. Lehmann 1937 S. 246; Metzel aaO S. 25.
4). vgl.: Baumbach-Hueck Anm. 1 vor § 148 AktG.

(1) Automatische Einräumung der Informations- und Kontrollrechte durch die Nießbrauchsbestellung.

Zu prüfen bleibt, ob diese eingeräumten Informations- und Kontrollrechte Bestandteil des Nießbrauchs an der stillen Beteiligung sind oder ob es sich dabei um eine zusätzliche rein schuldrechtliche Vereinbarung handelt. Daß diese Rechte für sich selbst weder Früchte noch Gebrauchsvorteile der Mitgliedschaft darstellen, wurde oben [1] bereits erläutert. Eine isolierte Betrachtung wird jedoch der Bedeutung dieser speziellen Befugnisse nicht gerecht. Sie sind vielmehr im Zusammenhang mit dem Gewinnanspruch des Nießbrauchers zu sehen. Der Nießbraucher wäre ohne derartige Rechte der Willkür des Geschäftsinhabers bei der Gewinnfestsetzung oder der Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens vollständig ausgeliefert, zumal ihm auch kein Stimmrecht zusteht. Gerade in den Fällen, in denen der Nießbrauch als Mittel zur Unterhaltssicherung gewählt wird, erfordert daher das Interesse des Nießbrauchers die Einräumung von Informations- und Kontrollrechten kraft Nießbrauchsrechts.

Demgegenüber steht das Interesse des Geschäftsinhabers, Dritten keinen Einblick in die Geschehnisse innerhalb seines Unternehmens zu gewähren, da diese keinem Wettbewerbsverbot unterliegen.

Dieses Argument verliert jedoch dadurch an Bedeutung, daß auch der stille Gesellschafter keinem

---

1). S. 153 f.

Wettbewerbsverbot unterliegt, [1] der Nießbraucher aber grundsätzlich nicht mehr Rechte haben soll, als sein Primärgesellschafter. Zum anderen hat es der Geschäftsinhaber in der Hand, dem Nießbraucher den Einblick in die Geschäftsinterna dadurch zu verwehren, daß er sich mit der Nießbrauchsbestellung nicht einverstanden erklärt. Insgesamt sind also hier die Interessen des Nießbrauchers höher zu bewerten. Ihm gebühren mit Abschluß des Belastungsvertrages automatisch ohne besondere Vereinbarung die Informationsrechte, die notwendig sind, um die Geschäftsführung und insbesonders die Gewinnfeststellung ausreichend zu kontrollieren. Man kann sich diese Rechte als eine Art Annex zu dem Gewinnanspruch des Nießbrauchers vorstellen. Wenn ihm kraft Nießbrauchsrechts der Gewinn zusteht, so muß ihm aus demselben Rechtsgrund auch die Berechtigung zustehen, festzustellen, wie dieser Gewinn entstanden ist, ob die Höhe gerechtfertigt ist und welche anderen Umstände die Gewinnfestsetzung beeinflußt haben. [2] Es stehen ihm daher etwa die gleichen Rechte zu, wie sie der typische stille Gesellschafter nach § 338 HGB hat. Der Geschäftsinhaber kann daher die Einräumung dieser elementaren Informations- und Kontrollrechte nur dadurch unterbinden, daß er sich mit der Nießbrauchsbestellung nicht einverstanden erklärt. Sollen dem Nießbraucher weitergehende Rechte eingeräumt werden, so bedarf es einer zusätzlichen Vereinbarung.

---

1). Paulick aaO S. 182.
2). Teichmann ZGR 72,9; 73, 30; Wiedemann aaO S. 419 f; Mentz aaO S. 211 ff; Langmaak aaO S. 182 f.

bb). Die Stimmrechtsgewährung.

Soweit in Angelegenheiten der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft, [1] sei es bei der Geschäftsführung oder auf der Ebene des Gesellschaftsvertrages, die Gesellschafter ihre Angelegenheiten durch Beschlüsse regeln, kann auch an eine zusätzliche Einräumung des Stimmrechts an den Nießbraucher gedacht werden. Der BGH [2] und ein Teil des Schrifttums [3] halten dies bei Gesamthandsgesellschaften für zulässig. Natürlich handelt es sich dabei um ein außergesellschaftliches Stimmrecht.

Auch bei der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft wird man die zusätzliche schuldrechtliche Einräumung eines Stimmrechts an Nichtgesellschafter als zulässig ansehen müssen. Wenn die Gesellschafter schon von dem Typus der zweigliedrigen stillen Gesellschaft bei der Gestaltung ihres Innenverhältnisses im Wege der Vertragsfreiheit abweichen können, so muß es ihnen auch freistehen, sich der Mitbestimmung eines Nichtgesellschafters unterzuordnen.

Dem Nießbraucher an einer stillen Beteiligung kann daher durch zusätzliche schuldrechtliche Vereinbarung in der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft ein außergesellschaftliches Stimmrecht eingeräumt werden.

---

1). Nur hier taucht das Problem auf S. u. S. 32
2). LM Nr. 6 zu § 109 HGB = JZ 60, 490 m. Anm. v. Hueck.
3). Hueck OHG § 11 III Fußn. 25 a; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 1; Soergel-Schultze - v. Lasaulx § 709 Anm. 41; Fischer, Großk. z. HGB § 119 Anm. 24; Baumbach-Duden § 119 Anm. 2 E; H. Westermann Hdb. RZ 275.
A.M.: Wiedemann aaO S. 290 ff; Teichmann, Gestaltungsfreiheit aaO S. 219 ff.

cc). Die Einräumung von Geschäftsführungsbefugnissen.

Auch an die separate Einräumung von Geschäftsführungsrechten für den Nießbraucher an der stillen Beteiligung ist etwa im Falle der atypischen stillen Gesellschaft zu denken.

Während man sich bei den Gesamthandsgesellschaften über die Zulässigkeit der Einräumung dieser Organbefugnisse streitet, [1] sieht man dies bei der stillen Gesellschaft überwiegend für zulässig an. [2] Dem ist zu folgen, denn mit einer separaten, nichtgesellschafterlichen Geschäftsführung müssen die Gesellschafter auch einen Außenstehenden betrauen können, [3] etwa wenn dieser als Fachmann gilt. Die Grenzen zu einer Bevollmächtigung des Dritten sind hier fließend. Insgesamt ist die Vertragsfreiheit in diesem Fall höher zu bewerten als der Grundsatz der Selbstorganschaft. [4] Dem Nießbraucher darf daher auch eine

---

1). Dafür: Hueck JZ 62, 363; H.P. Westermann aaO S. 328 ff; Teichmann, Gestaltungsfreiheit aaO S. 116 ff (124) ; Reinhardt GR RZ 173 ff; ders. in ZBernJV 103, 351 ff; Müller NJW 55, 1910; Oldenburg aaO S. 183 ff ; Mentz aaO S. 205 ff; Buchwald DB 57, 109; Weipert RGRK HGB § 114 Anm. 9; Markwardt aaO S. 108; OLG Mchn. HRR 1937 Nr. 1594.

2). Koenigs aaO S. 156; Hartmann aaO S. 63; Schilling in Großk. z. HGB § 335 Anm. 60; Paulick aaO S. 172.

1). Dagegen: BGH Z 36, 292; Heymann-Kötter § 114 Anm. 2.

3). Fischer in Großk. z. HGB § 114 Anm. 9; Paulick aaO S. 172.

4). H.P. Westermann aaO S. 328 ff; Teichmann, Gestaltungsfreiheit aaO S. 116 ff; Reinhardt GR RZ 173 ff; ders. in ZBernJV 103, 351 ff; Müller NJW 55, 1910; Oldenburg aaO S. 183 ff; Mentz aaO S. 205 ff; Buchwald DB 57, 109; Markwardt aaO S. 108; Beuthin ZGR 74, 58.

selbständige außergesellschaftliche Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt werden. [1)]

dd). Die Einräumung eines Kündigungsrechts.

Im Gegensatz zu der Lage bei den anderen Mitwirkungsrechten erscheint beim Kündigungsrecht nach § 339 HGB eine separate Einräumung dieses Gestaltungsrechts für Gesellschaftsfremde an schärfere Bedingungen geknüpft zu sein.

Den Gesellschaftern gebührt dieses Recht, um ihr Rechtsverhältnis in außergewöhnlichen Situationen oder bei Erreichung ihrer Ziele aufzulösen. Es wird dabei nicht nur wie bei anderen Mitverwaltungsrechten das Gesellschaftsverhältnis ausgestaltet oder sonst modifiziert, sondern es erfolgt eine vollständige Sprengung des Rechtsverhältnisses.

Eine solche Berechtigung neben den Vertragspartnern auch einem Dritten in der Weise einzuräumen, daß dieser nach seinem freien Ermessen die Gesellschaft zur Auflösung bringen kann, würde eine unzumutbare Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter bedeuten. [2)]

Aus dieser Motivation heraus ist auch die Regelung der §§ 339 I, 135 HGB zu verstehen, in denen dem Gläubiger eines stillen Gesellschafters die Kündigung des

---

1). Mentz aaO S. 208 ff läßt sogar eine organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis des Nießbrauchers zu, die von dem Gesellschafter auf ihn übertragen werden könne. Dem kann jedoch wegen der unzulässigen Abspaltung solcher Rechte von der Mitgliedschaft nicht gefolgt werden. S. u. S.

2). Mentz aaO S. 217 .

Gesellschaftsverhältnisses nur unter erschwerten Bedingungen ermöglicht wird. Der Wille des Gesetzgebers ist dahingehend zu interpretieren, daß die Kündigung der Gesellschaft durch Gesellschaftsfremde ausschließlich unter den Bedingungen der §§ 339 I, 135 HGB möglich sein soll.

Für den Nießbraucher besteht ohnehin kein konkretes Interesse an der Einräumung eines besonderen Kündigungsrechts, denn er ist ja an den Nutzungen der Mitgliedschaft interessiert. Die Nutzung des Auseinandersetzungsguthabens nach Auflösung [1] wird ihm in der Regel weniger wert sein, als die der Mitgliedschaft. In Ausnahmefällen ist er als Gläubiger des stillen Gesellschafters durch §§ 339 I, 135 HGB genügend geschützt.

f). Der Ausschluß von Mitwirkungsbefugnissen beim stillen Gesellschafter.

Parallel zur Einräumung von Mitverwaltungsrechten für den Nießbraucher könnte unter den Gesellschaftern ein Ausschluß der Mitwirkungsrechte des stillen Gesellschafters vereinbart werden, so daß die Position des Nießbrauchers der eines Gesellschafters praktisch gleichkommt. Ob ein solcher Ausschluß zulässig ist, bedarf der näheren Untersuchung.

Die gesellschafterlichen Rechte und Pflichten sind

---

1). S. o. S. 150 ff.

als Element der Mitgliedschaft anzusehen. [1] Eine Mitgliedschaft ohne die entsprechenden Einzelbeziehungen kann es nicht geben. Andererseits ist es durchaus vorstellbar, daß einem Mitglied einige Berechtigungen abgeschnitten werden, ohne daß damit gleichzeitig die gesamte Mitgliedschaft verloren geht. Genauso wie man durch den Gesellschaftsvertrag die Mitwirkungsbefugnisse des stillen Gesellschafters erweitern [2] und sogar zusätzliche Rechte einräumen kann, muß man sie auch wieder durch Vertrag mit den Gesellschaftern verringern können. [3]

Es bleibt jedoch das Problem, wann die Mitwirkungsbefugnisse des Gesellschafters so stark beschnitten sind, daß man von einer Mitgliedschaft nicht mehr sprechen kann. Das wird bei den verschiedenen Mitgliedschaftstypen je nach deren im Gesetz aufgeführten Grundausstattung verschieden sein. Es ist daher davon auszugehen, daß jede Mitgliedschaftsart einen bestimmten Kernbereich von Berechtigungen und Verpflichtungen hat, deren Wahrnehmung dem entsprechenden Mitglied zugewiesen ist. [4]

Das hängt unter anderem mit der durch die Mitverwaltungsrechte konkretisierten Verfügungsmacht der Gesellschafter über das Gesellschaftsverhältnis zusammen, von der die Mitglieder nicht ausgeschlossen werden dürfen. [5]

---

1). S.o.S. 46.
2). S.o.S. 31 ff.
3). Schilling in Großk.z.HGB § 335 Anm. 43; § 338 Anm. 8; Koenigs aaO S. 116 f, 169; Paulick aaO S. 135,139 f; Schlegelbauer-Geßler § 338 Anm. 1.
4). Schilling in Großk. z. HGB § 161 Anm. 32.
5). S.o.S. 71 ff u. 157 ff.

Der Kernbereich der Mitverwaltungsrechte ist daher als wesentlicher Bestandteil der Mitgliedschaft anzusehen. [1] Welchen Umfang er bei der stillen Beteiligung hat, bedarf der näheren Untersuchung.

aa). Der Ausschluß der Kontroll- und Informationsrechte.

Bei der typischen stillen Gesellschaft stellen diese Überwachungsrechte mangels weitergehender Berechtigungen oft die für den stillen Gesellschafter wesentlichsten Befugnisse dar. Dennoch besteht Einigkeit dahingehend, daß auch sie z.B. bei geringfügiger Kapitalbeteiligung oder Bestätigung des Stillen als Wettbewerber einschränkbar sind. [2] Sie können jedoch nicht ganz ausgeschlossen werden. [3] Als wesensnotwendiger Bestandteil des Typus einer stillen Beteiligung ist ein Mindestmaß an Kontrolle des Geschäftsinhabers durch den Stillen erforderlich. Dieses Mindestmaß ist dann nicht mehr gegeben, wenn der stille Gesellschafter selbst bei gröbsten Pflichtverletzungen des Geschäftsinhabers sich auch nicht nach Anrufung des Gerichts über den Stand der Geschäfte, an denen er mittelbar beteiligt ist, informieren und daraus seine Konsequenzen [4] ziehen kann.

Deshalb ist das Recht gem. § 338 III HGB, bei vorliegen eines wichtigen Grundes durch Anordnung des Gerichts Bilanz- und Büchervorlage zu beantragen,

---

1). Hueck JZ 52, 115.
2). Koenigs aaO S. 169 f; Paulick aaO S. 139 f; Schilling in Großk.z. HGB § 338 Anm. 8 Schlegelb.-Geßler § 338 Anm. 1.
3). Hueck ZHR 83, 20.
4). z.B. Schadenersatzansprüche.

als unverzichtbarer Kernbereich der Mitgliedschaft, eines stillen Gesellschafters anzusehen. [1] Wird dennoch darauf verzichtet, so liegt der Typus einer stillen Gesellschaft nicht mehr vor.

bb). Der Ausschluß der Geschäftsführungsbefugnis.

Grundsätzlich steht in der stillen Gesellschaft die Geschäftsführungsbefugnis dem Geschäftsinhaber zu. Es besteht jedoch heute Einigkeit darüber, daß auch eine atypische Regelung derart vorgenommen werden kann, daß der stille Gesellschafter alleiniger Geschäftsführer wird. [2] Ohne besondere Vereinbarung bleibt jedoch der Stille von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Bei allen Personengesellschaften besteht ein gewisser Zusammenhang zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Kontrollrechten, der sich etwa in dem Satz ausdrücken läßt: Wenn schon keine Geschäftsführung, so doch ein Mindestmaß an Kontrolle. Damit kann der stille Gesellschafter der Willkür des Geschäftsinhabers etwa bei der Festsetzung des Gewinnanspruches ausreichend entgegenwirken. Den gemeinsamen Kernbereich von Geschäftsführungsbefugnis und Kontrollrechten bilden daher die Rechte nach § 338 III HGB.

cc). Der Ausschluß der Stimmberechtigung.

Die Abstimmung bei Gesellschafterbeschlüssen in

---

1). Koenigs aaO S. 172, u. 116; Schilling in Großk. z. HGB § 166 Anm. 13.
2). Rasner aaO S. 17, 47, 77; Aulinger aaO S. 16, 27; Paulick aaO S. 171; Koenigs aaO S. 156; Schilling in Großk. z. HGB § 335 Anm. 60; D-H-Flechtheim § 335 Anm. 23; Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 42.

einer mehrgliedrigen stillen Gesellschaft bezieht sich entweder auf Geschäftsführungsmaßnahmen oder solche auf der Ebene des Gesellschaftsvertrages. Für die Abstimmung über Geschäftsführungsmaßnahmen gilt dasselbe wie oben unter bb). Auch in der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft ist ein völliger Ausschluß des stillen Gesellschafters von der Geschäftsführung nicht nur möglich, sondern der Normalfall. Anders beim Stimmrecht über Maßnahmen auf der Ebene des Gesellschaftsvertrages. Auch hier ist die Lage in der mehrgliedrigen mit der in der typischen stillen Gesellschaft gleichartig. Bei der zweigliedrigen Gesellschaft spricht man zwar nicht von Stimmrechten, denn die beiden Gesellschafter stimmen meist nicht ab, sondern sie handeln ihre Probleme in Vertragsverhandlungen aus. Dennoch steht die Befugnis über Bestehen oder Nichtbestehen, Einschränkung oder Erweiterung bzw. Übertragung der Mitgliedschaft mitzubestimmen sowohl in der zweigliedrigen als auch in der mehrgliedrigen Gesellschaft jeweils dem stillen Gesellschafter in gleichem Maße zu. Diese Befugnis der Gesellschafter zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses [1] gehört zur Substanz der Mitgliedschaft und kann den einzelnen Gesellschaftern nicht genommen werden. Sie gehört zum unverzichtbaren Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte.[2]

---

1). Verfügungsbefugnis S.o.S. 32

2). vgl.: das gleiche Ergebnis in Rspr. und Lit. für die Gesamthandsgesellschaften;
BGH Z 20, 363; Hueck OHG § 11 III 1; v. Staudinger-Geiler-Keßler § 709 Anm. 5a; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 705 Anm. 31; Schilling in Großk.z. HGB § 161 Anm. 33; Fischer in Großk.z.HGB § 119 Anm. 23.

dd). Der Ausschluß des Kündigungsrechts.

(1) Das Recht, die stille Gesellschaft aus wichtigem Grund zu kündigen, kann nach der gesetzlichen Regelung nicht ausgeschlossen werden. [1] Die Gesellschafter können lediglich bestimmen, daß gewisse Gründe nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen. Es darf dadurch aber nicht das außerordentliche Kündigungsrecht unangemessen eingeschränkt werden. [2]

(2) Aus der Tatsache, daß § 339 HGB auf § 723 BGB nur bezüglich der Kündigung aus wichtigem Grund verweist, könnte man den Schluß ziehen, daß das gleiche für die Bestimmungen des § 723 BGB über die ordentliche Kündigung nicht gelte und demnach die zwingende Vorschrift des § 723 III BGB in Bezug auf das ordentliche Kündigungsrecht bei der stillen Gesellschaft nicht eingreife. [3]

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. § 339 HGB verweist bezüglich der ordentlichen Kündigung auf das Recht der OHG und bezüglich der außerordentlichen Kündigung auf das Recht der BGH-Gesellschaft. Das hat seinen Grund darin, daß bei der ordentlichen Kündigung kaufmännischen Erfordernissen etwa in Form der Kündigungsfristen des § 132 HGB Rechnung getragen werden soll, eine Notwendigkeit zur gerichtlichen Entscheidung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wie in § 133 HGB jedoch nicht besteht. Daher

---

1). vgl.: §§ 339 I 2 HGB, 723 I u. III BGB; Koenigs aaO S. 268.
2). Koenigs aaO S. 268.
3). So die früher überwiegend vertretene Meinung: RG Z 156, 135; JW 1926, 1954; Weipert RGRK HGB § 132 Anm. 15; Barz JW 1938, 490.

ist für den Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts bei der stillen Gesellschaft allein die Lage bei der OHG maßgeblich. [1] Hier ist jedoch ein Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Freiheit der Gesellschafter zu verneinen. Mit der Mitgliedschaft ist das Recht zu ihrer Auflösung untrennbar verbunden. Da § 132 HGB das ordentliche Kündigungsrecht nicht erschöpfend regelt, sondern nur besondere Bestimmungen über die Kündigungsfrist enthält, gilt über § 105 II HGB der Rechtsgedanke des § 723 III BGB ergänzend. [2] Daher kann auch in der stillen Gesellschaft das ordentliche Kündigungsrecht nicht durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung ausgeschlossen werden. [3]

Eine Einschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts ist allenfalls in der Weise möglich, daß die stille Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen wird und für diese Zeit eine ordentliche Kündigung nicht zugelassen wird. [4]

3. Beeinträchtigungen des Nießbrauchs.

a). Der Schutz des Nießbrauchers nach § 1065 BGB.

Gem. § 1065 BGB genießt der Nießbraucher für sein Recht einen umfassenden dinglichen Rechtsschutz gegen jedermann wie ein Eigentümer. Beim Nießbrauch

---

1). BGH Z 23, 10 = NJW 57, 461 (462).
2). BGH LM Nr. 2 zu § 132 HGB.
3). BGH Z 23, 10 = LM Nr. 1 zu § 339 HGB mit zust. Anm. von Fischer; Koenigs aaO S. 263 ff; Paulick aaO S. 222; Schilling in Großk.z.HGB § 339 Anm. 21; Hartmann aaO S. 107.
4). BGH BB 1967, 309; Paulick aaO S. 222 f.

an der stillen Beteiligung muß das bedeuten, daß dem Nießbraucher bei unmittelbaren Angriffen auf seine Stellung die gleichen Abwehrrechte, wie dem stillen Gesellschafter zustehen. Da die stille Gesellschaft nur eine Innengesellschaft ist, die nicht im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt, kommen hier nur Beeinträchtigungen aus der Sphäre der Gesellschafter in Betracht. Bei Schädigungen des Gewerbebetriebes des Geschäftsinhabers durch Dritte, bei denen der Gewinnanspruch des Nießbrauchers nur mittelbar beeinträchtigt sein kann, hat nur der Geschäftsinhaber selbst Ansprüche [1], denn das Geschäft steht in seinem Alleinvermögen.

Gegen die jeweiligen Gesellschafter kann der Nießbraucher bei Verletzung seiner Stellung etwa in Form von unzulässigen Beschlüssen, Mißachtung ihm gewährter Zustimmungsrechte, Einbehaltung seines Gewinnanteils, Verweigerung von Informationen als auch einer Veräußerung des Geschäfts nach § 1065 BGB analog im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage wie der stille Gesellschafter selbst vorgehen. Dieser Rechtsschutz erstreckt sich nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den Primärberechtigten, also hier den stillen Gesellschafter. [2]

Oft wird jedoch schon ein Vorgehen des Nießbrauchers aus dem der Belastung zugrundeliegenden Vertragsverhältnis ausreichend sein. [3]

---

1). z.B. § 823 I. Sonstiges Recht = eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb.
2). v. Staudinger-Spreng § 10 65 Anm. 1 f.
3). vgl.: Langmaak aaO S. 74; Mentz aaO S. 243.

b). Der Schutz des Nießbrauchers nach § 1071 BGB.

Besonderen Schutz genießt der Rechtsnießbraucher bei Aufhebung oder Änderung des belasteten Rechts nach § 10 71 BGB. Hier billigt das Gesetz ihm ein Zustimmungsrecht zu. In gleicher Weise beim Nießbrauch an einer stillen Beteiligung zu verfahren, bereitet Schwierigkeiten. Oben [1] wurde festgestellt, daß die Berechtigung des Gesellschafters zur Aufhebung und Änderung des Gesellschaftsvertrages sowie das Kündigungsrecht aus Gründen der Typengesetzlichkeit untrennbar mit der Mitgliedschaft verbunden sind. Das Zustimmungserfordernis des § 1071 BGB würde hier eine unzulässige Einschränkung dieser Gestaltungs- und Aufhebungsfreiheit der Gesellschafter über ihr Rechtsverhältnis bedeuten. Diese unentziehbaren und unverzichtbaren Rechte der Gesellschafter müssen daher den Nießbrauchsvorschriften vorgehen. Der Nießbraucher an einer Gesellschaftsbeteiligung hat ausnahmsweise kein Recht zur Mitwirkung bei der Änderung und Aufhebung des Gesellschaftsverhältnisses. [2]

Er ist jedoch dadurch hinreichend geschützt, daß er nach Beendigung der stillen Gesellschaft einen Anspruch auf Einräumung des Nießbrauchs an dem Auseinandersetzungsguthaben hat. [3]

---

1). S. 174
2). vgl.: Teichmann ZGR 72, 15 f; Wiedemann aaO S. 417; Mentz aaO S. 220.
3). S. o. S. 150 ff.

c). Der Schutz des Nießbrauchers in Sonderfällen.

Die Veräußerung oder Vererbung der stillen Beteiligung beeinträchtigt den Nießbrauch nicht, denn infolge seines dinglichen Charakters bleibt der Nießbrauch an der stillen Beteiligung bestehen, die auf den neuen Gesellschafter als Rechtsnachfolger übergeht.[1] Das ist die Folge der oben [2] erwähnten einheitlichen Nachfolge bei der Veräußerung der Beteiligung im Wege der Mitgliedschaftsübernahme.

Auch im Normalfall einer Umwandlung der Gesellschaft, bei der die Identität der Mitgliedschaft erhalten bleibt, [3] setzt sich der Nießbrauch an der entsprechenden Beteiligung in der umgewandelten Gesellschaft als dem Surrogat der ursprünglichen Mitgliedschaft automatisch fort. [4]

Lediglich bei einer nicht identitätswahrenden Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz [5] muß der Nießbrauch erlöschen. Hier wird aber dem Nießbraucher ein Schadenersatzanspruch gegen den Gesellschafter aus dem Belastungsvertrag bzw. aus § 1065 BGB analog zustehen.

Beim Konkurs des Geschäftsinhabers ist nach § 341 HGB der stille Gesellschafter Konkursgläubiger. Der Nießbrauch setzt sich deshalb auch hier

---

1). Teichmann ZGR 72,14; Wiedemann aaO S. 417 f; Mentz aaO S. 237 f.
2). S. 71 ff.
3). S.o.S 94 ff.
4). so Wiedemann aaO S. 403.
5). S.o.S. 94 ff.

an dem Surrogat der Beteiligung, nämlich der Konkursforderung des stillen Gesellschafters automatisch fort.

4. Zusammenfassung zur Nießbrauchsbestellung an einer stillen Beteiligung.

Dem Nießbraucher an einer stillen Beteiligung stehen grundsätzlich die vermögensrechtlichen Ansprüche, die aus der Mitgliedschaft fließen, zu. Das ist insbesondere der Gewinnanspruch. Mit ihm untrennbar verbunden ist das Recht, sich über die Entstehung des Gewinns zu informieren. Zum Nießbrauch gehören daher auch die Informations- und Kontrollrechte, die aber neben denen des stillen Gesellschafters bestehen.

Alle übrigen Mitwirkungsrechte stehen dem Nießbraucher kraft seines Belastungsrechts nicht zu. Sie können auch nicht durch schuldrechtliche Vereinbarung von dem Gesellschafter auf ihn übertragen werden. Dem steht das Abspaltungsverbot im Gesellschaftsrecht entgegen.

Allein eine Bevollmächtigung des Nießbrauchers zur Ausübung von Mitverwaltungsrechten durch den stillen Gesellschafter mit Einverständnis des Geschäftsinhabers ist zulässig.

Daneben muß auch die separate schuldrechtliche Einräumung von Mitwirkungsrechten neben denen der Gesellschafter im Einverständnis aller grundsätz-

lich als zulässig angesehen werden. Jedoch ist damit einhergehend nicht ein vollständiger Ausschluß des stillen Gesellschafters von seinen Mitwirkungsbefugnissen möglich. Die Rechte des Stillen können nur bis auf einen Kernbereich eingeschränkt werden. Dieser Kernbereich besteht bei der stillen Beteiligung in dem außerordentlichen Kontrollrecht des stillen Gesellschafters nach § 338 III HGB sowie den zur Erhaltung der Mitgliedschaft auf der Ebene des Gesellschaftsvertrages erforderlichen Verfügungszuständigkeiten der Gesellschafter über das Rechtsverhältnis. Das ist einmal das Stimmrecht bei Abänderung und Aufhebung des Gesellschaftsverhältnisses (bei der zweigliedrigen stillen Gesellschaft ein entsprechendes Vertragsgestaltungsrecht) sowie ein nur in geringem Maße (Gesellschaft auf Zeit) einschränkbares Kündigungsrecht. Das Bestehen eines solchen Kernbereichs beruht auf dem Grundsatz der Typenordnung im Gesellschaftsrecht.

Beeinträchtigungen des Nießbrauchsrechts durch die Gesellschafter kann der Nießbraucher durch entsprechende Klagen nach § 1065 BGB analog oder aus dem der Nießbrauchsbestellung zugrundeliegenden Vertragsverhältnis geltend machen. Eine Mitwirkung des Nießbrauchers an der stillen Beteiligung bei Aufhebung oder Änderung des Gesellschaftsverhältnisses wie dies § 1071 BGB bei der Nießbrauchsbelastung von Rechten vorsieht, ist aus gesellschaftsrechtlichen Gründen nicht möglich.

B.: Die Verpfändung stiller Beteiligungen.

Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, das dem Pfandgläubiger den in dem Belastungsgegenstand verkörperten Wert zur Befriedigung seiner Forderung erhalten soll. [1] Für das Pfandrecht an der stillen Beteiligung bedeutet das, daß dem Pfandgläubiger der Wert dieser Beteiligung bereitgehalten wird. Hierbei ist problematisch, welche Einzelbeziehungen dem Pfandrecht unterliegen. Es ist daher die Vereinbarkeit der Pfandrechtsregeln mit den Besonderheiten des Rechts der stillen Gesellschaft zu untersuchen.

Anders als beim Nießbrauch ist für die Verpfändung der stillen Beteiligung durch die Erwähnung der Pfändung des Auseinandersetzungsanspruchs in §§ 339 I, 135 HGB bereits ein gesetzlicher Anhaltspunkt gegeben, wenn auch in diesen Bestimmungen der vorliegende Fall nicht direkt behandelt wird.

Die folgende Untersuchung teilt sich auf in die Prüfung, welche Berechtigungen dem Pfandgläubiger an der stillen Beteiligung bis zur Pfandreife zustehen und in die Frage, auf welche Art und Weise die Verwertung erfolgen soll.

1. Die Stellung des Pfandgläubigers bis zur Pfandreife.

Vor der Verwertung des Pfandgegenstandes liegt

---

1). So die einhellige Meinung: Westermann SachR § 126 I S. 631; Baur SachR § 55 AI S. 497; v. Staudinger-Spreng § 1204 Vorbem. 1; Palandt-Bassenge Überbl.1) vor § 1204; Erman-Ronke Einl. § 1204 ff, Anm. 1b; Wolff-Raiser § 159 I S. 666.

das Stadium, in dem das Belastungsobjekt für den Pfandgläubiger bereitgehalten werden muß. Es dauert mindestens bis zur Pfandreife. Während dieser Bereithaltungsphase gewährt das Gesetz dem Pfandgläubiger je nach Art des Belastungsgegenstandes die verschiedenartigsten Rechte. [1] Welche Rechte dem Pfandgläubiger an der stillen Beteiligung in dieser Phase zustehen, bedarf der näheren Erörterung.

a). Die vermögensrechtliche Stellung des Pfandgläubigers.

aa). Der Gewinnanspruch.

In Anbetracht der Tatsache, daß es sich bei dem Gewinnanspruch um eine Nutzung der Mitgliedschaft handelt, [2] gem. § 1273 II S. 2 BGB ein Rechtspfand aber kein Nutzungspfand iSd § 1213 II BGB sein kann, könnte man meinen, daß sich das Pfandrecht an der stillen Beteiligung nicht auf den Gewinnanspruch erstreckt. [3]

Zwar gelten für die Ausgestaltung des Pfandrechts an der stillen Beteiligung primär die Vorschriften über die Verpfändung von Rechten, [4] so daß ein Nutzungspfandrecht hier nicht möglich erscheint. Jedoch gestaltet sich das Problem anders, wenn man bedenkt, daß die Gewinne für den Fall, daß eine Pfandverwertung eintritt, bereitgehalten werden

---

1). vgl.: §§ 1205; 1213, 1214 I, 1215, 1216 S. 2, 1218 II, 1219 I, 1258 I u. II S. 1, 1276, 1281 S. 2 BGB.
2). S.o.S. 145 ff.
3). So für die Verpfändung des GmbH-Anteils: Hachenburg-Schilling § 15 Anh. 1 Anm. 4; Schuler NJW 60, 1423 (1424); Buchwald GmbH-Rsch. 59, 254 (255).
4). S.o.S. 129.

sollen. Es bedeutet nicht, daß dem Pfandgläubiger diese Ansprüche von vornherein gebühren. [1] Erst bei Eintritt der Pfandreife kann er den Wert der Beteiligung und damit auch den Ertragswert zu seiner Befriedigung erhalten.

Ein weiteres Argument dafür, daß der Gewinnanspruch dem Pfandrecht unterliegt, gibt die eindeutige Regelung des § 725 II BGB, wonach der Pfandgläubiger Gewinnansprüche des Gesellschafters geltend machen kann. [2] Er soll vor einer Wertminderung des Pfandobjekts etwa durch überhöhte Gewinnausschüttungen geschützt werden. Unterläge der Gewinnanspruch nicht dem Pfandrecht an der stillen Beteiligung, so gäbe die Belastung nur wenig Sinn.

Es ist daher davon auszugehen, daß sich das Pfandrecht an der Mitgliedschaft auf den Gewinnanspruch erstreckt. Die Einziehung des Gewinns erfolgt gem. § 1281 BGB analog, [3] d.h. durch Leistung an beide oder durch Hinterlegung des Gewinns bis zur Pfandreife.

bb). Die Verlustbeteiligung.

Da der gesamte, sich ständig ändernde Wert der Beteiligung dem Pfandrecht unterliegt, bedeutet das auch, daß der Pfandgläubiger eine Verminderung

---

1). Wiedemann aaO S. 426; Hackenbroch aaO S. 68 mwN; Müller aaO S. 99 f.
2). Müller-Erzbach Mitgliedschaft aaO S. 357 und W. Müller aaO S. 99 sowie Wiedemann aaO S. 426 mwN nehmen sogar eine analoge Anwendung des § 1289 BGB an.
3). Hackenbroch aaO S. 69.

der Einlage durch Verluste hinnehmen muß. Vom Zeitpunkt des Verlusteintritts erstreckt sich sein Pfandrecht nur auf die durch den Verlust geminderte Einlage. Um das zu verhindern, ist dem Pfandgläubiger anzuraten, im Belastungsvertrag eine entsprechende Klausel zu vereinbaren, nach der der stille Gesellschafter nicht warten soll, bis die Einlage durch Stehenlassen der Gewinne wieder aufgefüllt ist, [1] sondern diese Verluste sofort aus seiner Privatkasse tragen soll.

cc). Das Auseinandersetzungsguthaben.

Wie beim Nießbrauch an der stillen Beteiligung [2] so setzt sich auch das Pfandrecht nach Beendigung der Gesellschaft an dem Auseinandersetzungsguthaben des stillen Gesellschafters als Surrogat der Mitgliedschaft automatisch fort. [3]

b). Die herrschaftsrechtliche Stellung des Pfandgläubigers.

Während das Interesse des Nießbrauchers an der stillen Beteiligung völlig auf die Gegenwart ausgerichtet ist, er also ein Interesse an einer möglichst hohen Gewinnausschüttung hat, ist der Pfandgläubiger an einer Wertsteigerung der Beteiligung selbst interessiert. Deshalb ist auch das Interesse bei der Zuteilung der Mitwirkungsbefugnisse hier anders ge-

---

1). vgl.: § 377 II S. 2, 2. Halbs.
2). S.o.S. 150 ff.
3). Wiedemann aaO S. 426; Hackenbroch aaO S. 70; W. Müller aaO S. 99; Staudinger-Spreng § 1274 Anm. 13; RG Z 67, 331; 95, 231.

lagert. Da sowohl die nicht ausgeschütteten Gewinne und andere Wertsteigerungen der Beteiligung, als auch die ausgeschütteten Gewinne dem Pfandrecht unterliegen, ist das Interesse des Pfandgläubigers an der Ausübung von Mitwirkungsbefugnissen gering.

Die für das Pfändungspfandrecht geschaffene Regelung des § 725 II BGB, nach der dem Pfandgläubiger vor Beendigung der Gesellschaft keine Gesellschafterrechte zustehen, gilt grundsätzlich auch beim rechtsgeschäftlichen Pfandrecht, denn die Interessenlage ist gleich. Dem Pfandgläubiger an einer stillen Beteiligung stehen keine Mitwirkungsbefugnisse in der Gesellschaft zu. [1)]

Er kann aber genauso wie der Nießbraucher [2)] als Gesellschaftsfremder zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte mit Einverständnis aller Gesellschafter bevollmächtigt werden.

Kraft seines Pfandrechts steht dem Pfandgläubiger in beschränktem Umfang ein eigenes Informationsrecht insoweit zu, als es zur Sicherung seines Rechts unbedingt erforderlich ist. [3)] Da das Pfandrecht aber ohnehin den Gewinnanspruch und den Substanzwert umfaßt, ist dieses Sicherungsbedürfnis nur gering. Es erstreckt sich im wesentlichen auf das Bedürfnis

---

1). Einhellige Meinung: Wiedemann aaO S. 428; W. Müller aaO S. 100; Hackenbroch aaO S. 70 ff; Flume in Festschr. f. Larenz 1972 S. 791; Bürger aaO S. 64 ff; Müller Erzbach Mitgliedschaften S. 352 ff; Teichmann Gest. fr. S. 234; RG Z 95, 231; 139, 224 (228); 157, 52 (55).

2). S.o.S.161 f.

3). vgl.: Hackenbroch aaO S. 79; W. Müller aaO S. 100; Wiedemann aaO S. 432 mwN.

zum Erkennen verdeckter Gewinnausschüttungen, die die Gesellschafter zum Schadensersatz wegen Verletzung des Belastungsvertrages verpflichten würden. [1] Die Informationsrechte des Pfandgläubigers sind daher nicht so weitgehend, wie die des stillen Gesellschafters oder des Nießbrauchers. Ein eigenes Recht auf Bilanzeinsicht und Rechnungslegung gebührt ihm nicht. [2] Er ist lediglich über alle vom normalen Geschäftsbetrieb abweichenden außergewöhnlichen Angelegenheiten zu unterrichten.

Die Einräumung eines weitergehenden Informations- und Kontrollrechts bedarf der separaten vertraglichen Vereinbarung. [3]

Auch die separate Einräumung anderer Mitverwaltungsrechte an den Pfandgläubiger mit Einverständnis aller Gesellschafter ist zulässig. [4] Sie bedarf ebenfalls der zusätzlichen schuldrechtlichen Vereinbarung.

c). Beeinträchtigungen des Pfandrechts.

Auch hier ergibt sich kein wesentlicher Unterschied zu der Regelung beim Nießbrauch. [5] Gegen unzulässige Beschlüsse, Mißachtung ihm gewährter Zustimmungsrechte, bei Verweigerung von ihm zustehender Information oder gar bei Veräußerung des Handelsgewerbes durch den Geschäftsinhaber kann der Pfandgläubiger entweder nach § 1227 BGB oder aus dem Belastungsvertrag vorgehen.

---

1). vgl.: Wiedemann aaO S. 429; RG Seuf.Arch. 74, Nr. 6 S. 11.
2). Ein. Meinung vgl. Fußn. 3 S. 186 u. Fußn. 1. abweichend nur Hackenbroch aaO S. 79 und Ulmer in Großk. z. HGB § 135 Anm. 25.
3). S.o.S. 154 ff.
4). S.o.S. 154 ff ; vgl.: auch Hackenbroch aaO S. 89 ff.
5). S.o.S. 176 ff.

Ebenso wie beim Nießbrauch § 1071 BGB, so ist bei der Pfandrechtsbelastung einer stillen Beteiligung § 1276 BGB unanwendbar. Der Gesetzgeber hat bei der Gestaltung dieser Vorschriften die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts nicht berücksichtigt, wonach die Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsverhältnis nur den Gesellschaftern verbleiben soll. [1] Sie können daher ohne Zustimmung des Pfandgläubigers die Beteiligung veräußern.

Bei einer solchen Übertragung oder bei einer Vererbung bleibt das Pfandrecht an der Beteiligung wegen seines dinglichen Charakters bestehen. [2] Darin besteht der wesentliche Vorteil einer Verpfändung der gesamten Mitgliedschaft gegenüber derjenigen einzelner Ansprüche, die aus der Mitgliedschaft fließen. Nach einhelliger Meinung [3] beseitigen nämlich Verfügungen über die Mitgliedschaft entgegenstehende vorherige Verfügungen über die aus ihr entspringenden Einzelansprüche bei gutem Glauben des Erwerbers der Verfügung über die Mitgliedschaft. Begründet wird das vorwiegend mit dem Rechtsgedanken aus §§ 573 - 575 BGB. Der Erwerber einer stillen Beteiligung, der nichts davon weiß, daß sein Gewinn- oder Auseinandersetzungsanspruch belastet ist, soll die Beteiligung lastenfrei erwerben. Dagegen bleibt die Belastung, die an der gesamten Beteiligung bestellt wurde, auch nach der Veräußerung in jedem Fall bestehen.

---

1). S.o.S. 157 ff.
vgl.: Wiedemann aaO S. 429; Flume Festschr. f. Larenz 1972 S. 792; Hackenbroch S. 85.
2). Hackenbroch aaO S. 69 ff.
3). v. Thur II 1 S. 392; Schlegelberger-Geßler § 120 Anm. 10 ; Wieland aaO S. 663; Huber aaO S. 392 ff u. 418; Wiedemann aaO S. 299 ff; Hackenbroch S. 154 u. 175.

Der Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens durch einen Privatgläubiger des Stillen kann der Pfandgläubiger nicht im Wege des § 771 ZPO entgegentreten, denn die Pfändung läßt den Vorrang des Vertragspfandes unberührt. [1)]

Auch eine Kündigung durch den Privatgläubiger gem. §§ 339, 135 HGB kann der Pfandgläubiger nicht nach § 771 ZPO verhindern. Es steht ihm allein aufgrund seines vorrangigen Pfandrechts bei der Verwertung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO zu [2)].

2. Die Stellung des Pfandgläubigers bei der Verwertung.

a). Anwendung der Regeln über die Pfändung des Auseinandersetzungsanspruchs.

Nach Eintritt der Pfandreife richtet sich die Verwertung der dem Pfandrecht unterliegenden stillen Beteiligung gem. § 1277 BGB analog nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften. Hier ist zunächst an die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen (§§ 828 ff ZPO) und andere Vermögensrechte (§§ 857 ZPO) zu denken, denn eine Norm über die Zwangsvollstreckung in stille Beteiligungen enthält das Gesetz nicht. Am naheliegendsten erscheint die Regelung über die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens des stillen Gesellschafters. Aufgrund eines rechtskräftigen Zahlungstitels kann der Gläubiger eines stillen Gesellschafters gem. § 857 ZPO

---

1). § 1290 gilt nur bei zwei Vertragspfandrechten; vgl.: RG Z 87, 321 (324); Palandt-Bassenge § 1290 Anm. 2; Hackenbroch aaO S. 99 mwN.
2). Hackenbroch aaO S. 99 f mwN.

den Auseinandersetzungsanspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Gem. §§ 339, 135 HGB muß der Gläubiger außerdem innerhalb der letzten sechs Monate einen vergeblichen Zwangsvollstreckungsversuch in das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters unternommen haben. Ist dies geschehen, so kann er die stille Gesellschaft kündigen und sich aus dem Auseinandersetzungsguthaben des Stillen befriedigen.

Bei Gesamthandsgesellschaften kann der Gläubiger eines Gesellschafters gem. § 859 ZPO anstelle des Auseinandersetzungsanspruchs auch den Anteil am Gesellschaftsvermögen pfänden. [1] Bei der stillen Gesellschaft ist die Pfändung eines Anteils am Gesellschaftsvermögen nicht möglich, weil es ihn nicht gibt. Dennoch wird von einigen Autoren ohne nähere Begründung angenommen, daß wegen der Regelung der §§ 339, 135 HGB nicht nur das Auseinandersetzungsguthaben, sondern auch die Beteiligung des stillen Gesellschafters gem. § 859 ZPO gepfändet werden kann. [2]

Einer derartigen Auslegung kann jedoch in Anbetracht des eindeutigen Wortlauts des § 859 ZPO nicht gefolgt werden. Die Pfändung der stillen Beteiligung über § 859 ZPO ist nicht möglich.

---

1). RGRK HGB Weipert § 135 Anm. 7; Schlegelberger-Geßler § 135 Anm. 5; D-H-Flechtheim § 135 Anm. 4; Baumbach-Lauterbach § 859 Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 859 Anm. II 1; Zöller-Scherübl § 859 Anm. 2; Hackenbroch aaO S. 104 mwN.

2). Wieczorek § 859 A IV a3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 859 Anm. II 2 ; Sydow-Busch § 859 Anm. 1 B.

Das bedeutet jedoch nicht, daß die §§ 339, 135 HGB für die Verpfändung der stillen Beteiligung unanwendbar wären. Über § 1277 BGB analog erscheint hier die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das Auseinandersetzungsguthaben des stillen Gesellschafters dem zu regelnden Sachverhalt am naheliegendsten. Normzweck und Interessenlage der §§ 339, 135 HGB treffen die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten bei der Verwertung der stillen Beteiligung eher, als etwa eine entsprechende Anwendung der §§ 828 ff ZPO. Gerade der Schutz des Geschäftsinhabers fordert die Anwendung dieser die Vollstreckung erschwerenden Spezialnormen des Gesellschaftsrechts. Deshalb ist grundsätzlich bei der Verwertung der verpfändeten stillen Beteiligung ein Verfahren nach §§ 339, 135 HGB erforderlich.

b). Besonderheiten beim rechtsgeschäftlichen Pfandrecht.

Von dem aufgezeigten Grundsatz können sich Einschränkungen im Hinblick auf die Besonderheiten der Verpfändung einer Beteiligung ergeben, denn die §§ 339, 135 HGB sind für das gesetzliche Pfandrecht konzipiert. Insbesondere bleibt zu untersuchen, ob auch beim rechtsgeschäftlichen Pfandrecht ein rechtskräftiger Titel und ein vergeblicher Vollstreckungsversuch erforderlich ist.

aa). Erfordernis eines rechtskräftigen Titels.

Gem. § 1277 BGB ist die Befriedigung des Pfandgläubigers nur aufgrund eines vollstreckbaren- also

auch vorläufig vollstreckbaren - Titels möglich. Dagegen erfordert § 135 HGB einen rechtskräftigen Titel. Das hat seinen Grund darin, daß die Gesellschafter vor den Folgen der Kündigung so lange geschützt werden sollen, bis der Pfandgläubiger endgültig zur Verwertung berechtigt ist. Da diese Interessenlage beim rechtsgeschäftlichen Pfandrecht nicht anders als beim Pfändungspfandrecht ist, erfordern die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts auch hier das Vorliegen eines rechtskräftigen Duldungstitels, [1] der auf Gestattung der Befriedigung aus der Beteiligung lauten muß und nicht nur auf Zahlung der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung. [2]

bb). Vorheriger Vollstreckungsversuch.

Anders erscheint die Situation hinsichtlich des Erfordernisses eines vorherigen Vollstreckungsversuches in das Privatvermögen des stillen Gesellschafters. Bei der Verpfändung einer stillen Beteiligung wird gerade diese als Sicherungsobjekt für Forderungen angeboten. Werden die Forderungen nicht erfüllt, so soll gerade in die Beteiligung vollstreckt werden. Zwar kann eine subsidiäre Haftung des Pfandrechts an der Beteiligung neben der Haftung des Privatvermögens eines Gesellschafters vereinbart werden, [3] jedoch ist das nicht als Regelfall anzusehen.

---

1). vgl.: Hackenbroch aaO S. 109 ff.
2). vgl.: v. Staudinger-Spreng § 1277 Anm. 2; Palandt-Bassenge § 1277 Anm. 2.
3). BGH WM 65, 563.

Die Regelung des § 135 HGB über einen vorherigen Vollstreckungsversuch erklärt sich aus dem besonderen Schutz der Gesellschafter, die Gesellschaft durch einen Gläubiger erst dann kündigen zu lassen, wenn alle anderen Möglichkeiten einer Zwangsvollstreckung erfolglos waren.

Bei der Verpfändung einer Beteiligung ist dieses Schutzbedürfnis der übrigen Gesellschafter nicht gegeben, denn sie haben ihr Einverständnis zur Pfandrechtsbestellung an der Mitgliedschaft erteilt. Deshalb muß nach dem Sinn und Zweck des Belastungsvertrages die Kündigung der Gesellschaft durch den Pfandgläubiger aufgrund eines Duldungstitels ohne vorherigen Vollstreckungsversuch in das Privatvermögen des Gesellschafters möglich sein.

Ohnehin wäre mit dem Titel auf Befriedigung aus der Beteiligung eine vorherige Vollstreckung in das Vermögen des stillen Gesellschafters nicht möglich. Es bedürfte also eines zusätzlichen Titels, was eine unzumutbare Belastung für den Pfandgläubiger bedeuten würde.

Die §§ 339, 135 HGB bedürfen deshalb hier einer Einschränkung. Der Inhaber eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts an einer stillen Beteiligung kann nach Pfandreife aufgrund eines rechtskräftigen Duldungstitels die stille Gesellschaft kündigen, um sich aus dem Auseinandersetzungsguthaben des Stillen zu befriedigen, ohne vorher einen erfolglosen Vollstreckungsversuch in das Privatvermögen des stillen Gesellschafters unternehmen zu müssen.

c). Besondere Verwertungsvereinbarungen.

Da der Verpfändungsvertrag im Wege der Vertragsfreiheit geschlossen wurde, gilt dasselbe auch für die Verwertung, soweit nicht zwingende pfandrechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen. Grundsätzlich sind daher zwischen den Vertragsparteien [1] abweichende Vereinbarungen über die Art der Verwertung möglich, wenn dadurch nicht der Typus des Pfandrechts als dingliches Verwertungsrecht beeinträchtigt oder ausgeschlossen wird. [2] Außerdem unterliegen solche Vereinbarungen den allgemeinen Vertragsregeln. [3]

Folgende Vereinbarungen sind als zulässig anzusehen: Anstelle der Kündigung der Gesellschaft kann eine Veräußerung oder öffentliche Versteigerung der stillen Beteiligung vereinbart werden. [4] Weiter wäre daran zu denken, das Erfordernis eines rechtskräftigen Titels fallen zu lassen, [5] die Kündigungsfrist des § 135 HGB zu verändern oder die Befriedigung des Pfandgläubigers etwa auf die Gewinnansprüche zu beschränken. [6]

Diese Verwertungsarten sind jedoch nur durch besondere Parteienvereinbarungen zu ermöglichen. Die regelmäßige Form der Verwertung einer verpfändeten stillen Beteiligung ist das Kündigungsverfahren nach §§ 339, 135 HGB.

---

1). D. h. zwischen dem Pfandgläubiger und allen Gesellschaftern.
2). v. Staudinger-Preng § 1245 Anm. 1(d); Pal-andt-Bassenge § 1245 Anm. 1.
3). vgl.: §§ 134, 138 BGB.
4). Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 719 Anm. 9; Hackenbroch aaO S. 115.
5). Palandt-Bassenge § 1277 Anm. 3; Hackenbroch aaO S. 115.
6). Hackenbroch aaO S. 115.

Eine Möglichkeit, die Kündigung der stillen Gesellschaft abzuwehren bleibt dem Geschäftsinhaber noch dadurch offen, daß er gem. § 268 I S. 2 BGB analog die Schulden des stillen Gesellschafters bezahlt, denn er würde durch die Kündigung der Gesellschaft die gesamte Einlage des Stillen einbüßen. Mit Zahlung der Schulden ginge die Forderung des Pfandgläubigers auf den Geschäftsinhaber gem. § 268 III BGB analog über. [1)]

3.) Zusammenfassung zur Verpfändung stiller Beteiligungen.

Das Pfandrecht an der stillen Beteiligung erstreckt sich auf alle vermögensrechtlichen Ansprüche des stillen Gesellschafters. Herrschaftsrechte stehen dem Pfandgläubiger an der stillen Beteiligung nicht zu. Lediglich ein beschränktes Informationsrecht, das zur Sicherung seines Pfandrechts dient, ist dem Pfandgläubiger zu gewähren.

Bei Beeinträchtigungen des Pfandrechts kann der Pfandgläubiger nach § 1227 BGB oder aus dem Belastungsvertrag vorgehen.

Bei der Verwertung der Beteiligung gelten grundsätzlich über § 1277 BGB die Regeln der §§ 339, 135 HGB entsprechend. Dies jedoch mit der Einschränkung, daß im Falle der Verpfändung kein vorheriger Vollstreckungsversuch in das Privatvermögen des stillen Gesellschafters erforderlich ist. Andere Verwertungsarten bedürfen der besonderen Vereinbarung durch alle Beteiligten.

---

1). Ähnlich Hackenbroch aaO S. 118 ff.

T e i l 4.:

Mögliche Alternativen zur dinglichen Belastung stiller Beteiligungen.

I. Die Treuhand an einer stillen Beteiligung.

Neben der dinglichen Belastung von Mitgliedschaften in stillen Gesellschaften wird den Parteien oft die treuhänderische Einräumung oder Übertragung der Gesellschafterstellung als das geeignete Mittel zur Verwirklichung ihrer individuellen Ziele erscheinen. So wird sie dazu dienen, statt einer Vielzahl von Beteiligten einen Treuhänder für mehrere andere zum Gesellschafter zu machen. [1] Vor allem aber ist an das Mittel der Sicherungsübertragung einer stillen Beteiligung auf den Kreditgeber als Alternative zur Verpfändung zu denken. [2] [3]

Bei diesen Konstruktionen handelt es sich um eine vollständige Übertragung oder sonstige Einräumung der Mitgliedschaft an den Treuhänder. Dieser hat die gleichen Rechte und Pflichten wie jeder andere Gesellschafter. Lediglich durch den schuldrechtlichen Vertrag mit dem Treugeber ist er fiduziarisch gebunden. [4]

Die Treuhand kann gegenüber einer dinglichen Belastung Vorteile, aber auch erhebliche Nachteile mit sich bringen, je nachdem welcher Zweck damit erreicht werden soll. Einen Vorteil stellt sicher die vereinfachende Verwaltungstreuhand dar, bei der mehrere Treugeber durch den Treuhändergesellschafter

---

1). Sog. Vereinfachungsfunktion der Treuhand.
2). Sicherungstreuhand.
3). Zu den übrigen Funktionen der Treuhand, die aber für die stille Gesellschaft als Innengesellschaft weitgehend irrelevant sind, vgl.: Beuthin ZGR 74, 32 ff; Markwardt aaO S. 3 ff.
4). Markwardt aaO S. 14 u. 34; Beuthin ZGR 74,38 ff; W. Müller aaO S. 109 f; Serick aaO S. 494.

repräsentiert werden. [1] Eine derartige Konstruktion wäre durch die dingliche Belastung nur schwer zu erreichen. [2]

Bei der Sicherungstreuhand dagegen bestehen nicht nur Vorteile gegenüber der dinglichen Belastung, hauptsächlich der Verpfändung. Hier gebühren dem Treuhänder zwar im Gegensatz zum Normalfall der Belastung alle gesellschafterlichen Mitwirkungsrechte. Jedoch ist das im heutigen Wirtschaftsleben nicht immer von Vorteil, denn der Treuhänder als Kreditgeber - meist wohl ein Bankinstitut - wird sich nicht mit derartigen Verwaltungsaufgaben befassen wollen. Im Falle der Sicherungsübertragung wird der frühere Gesellschafter (Treugeber)oft auch der Fachmann sein, der gerade bei der atypischen stillen Gesellschaft eher die richtigen Entscheidungen treffen kann.

Insgesamt gesehen kann sowohl die dingliche Belastung als auch die Sicherungstreuhand je nach der Interessenlage die günstigere Möglichkeit sein. Soll der Kreditgeber zu seiner Sicherung auch gesellschafterliche Mitwirkungsrechte erhalten, so ist die Treuhand vorzuziehen. Anderenfalls wählt man die Belastung.

Die Grenze wird dadurch fließend, daß man dem Nießbraucher und Pfandgläubiger separate Mitwirkungsrechte einräumen kann. [3] Dasselbe kann jedoch auch

---

1). S.o.S. 8.
2). Etwa mehrere Nießbraucher an einer Beteiligung.
3). S.o.S. 154 ff u. 185 ff.

bei der Treuhand umgekehrt dadurch geschehen, daß man dem Treugeber Mitverwaltungsrechte einräumt.[1)]

Allerdings bleibt ein Hemmnis für die Angleichung beider Institute insoweit bestehen, als daneben dem Treuhänder bzw. dem Primärgesellschafter die gesellschafterlichen Mitwirkungsrechte zumindest in ihrem Kernbereich verbleiben müssen.[2)]

Im Gegensatz zur Lage bei den Gesamthandsgesellschaften[3)] verdient bei der stillen Gesellschaft aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten keine der beiden Möglichkeiten den Vorzug, denn weder den Pfandgläubiger und Nießbraucher an der stillen Beteiligung noch den Treuhändergesellschafter trifft hier eine Haftung für Gläubigerforderungen.[4)]

Abschließend ist festzustellen, daß durch Nießbrauch, Pfandrecht und Treuhand eine geschlossene Kette von Möglichkeiten besteht, die einem Gesellschaftsfremden Sicherungs- und Einflußmöglichkeiten in der stillen Gesellschaft gewähren.

II.: Die Pacht einer stillen Beteiligung.

Neben diesen dinglichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Beteiligung ist an eine Beteiligungspacht als schuldrechtliche Berechtigung an der stillen Beteiligung zu denken.

---

1). Beuthin ZGR 74, 50 ff; Markwardt aaO S. 86 ff.
2). s.o.S. 157 ff.
3). vgl.: Hackenbroch aaO S. 124 ff; W. Müller aaO S. 131.
4). vgl.: § 335 II HGB; W. Müller aaO S. 133; Serick aaO S. 494.

Gem. § 581 BGB ist die Pacht an Gegenständen also auch an stillen Beteiligungen möglich. [1] Zum Wesen der Pacht gehört die Gebrauchsüberlassung und das Fruchtziehungsrecht des Pächters (§ 581 BGB). Diese Rechte müßten hier dem Pächter aufgrund eines schuldrechtlichen Pachtvertrages allein mit dem stillen Gesellschafter zustehen. Eines Einverständnisses des Geschäftsinhabers bedürfte es nicht. Jedoch ergeben sich hier Schwierigkeiten in Bezug auf die Gebrauchsüberlassung der stillen Beteiligung. Überlicherweise erlangt der Pächter den Besitz an dem Pachtgegenstand, während der Verpächter Eigentümer bleibt. Eine derartige Konstruktion, nach der der Stille weiter Gesellschafter bleibt, der Pächter als Gesellschaftsfremder aber die Beteiligung " gebrauchen " darf, ist mit zwingenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar. [2]

Es wäre allenfalls an eine Abtretung der vermögensrechtlichen Ansprüche (§ 717 S. 2 BGB) auf den Pächter und eine gleichzeitige Bevollmächtigung zur Ausübung von Mitwirkungsbefugnissen zu denken. Bei einer solchen Konstruktion handelt der Pächter jedoch stets in fremdem Namen. Die Einflußnahme des Stillen kann so nicht umgangen werden.

Deshalb wird im Schrifttum [3] vereinzelt die Beteiligungspacht nur in der Form als möglich angesehen, daß die Mitgliedschaft vollständig für eine bestimmte Zeit auf den Pächter übertragen wird. Hierzu wäre jedoch wiederum das Einverständnis der Mitgesellschafter erforderlich. Der Pächter würde in treuhänderischer Weise Gesellschafter auf Zeit.

---

1). S.o.S. 71 ff.
2). S.o.S. 157 ff.
3). vgl.: Bürger aaO S. 79; Böckelmann aaO S. 232.

Somit besteht aber kein Unterschied etwa zur Sicherungsübertragung. Eine derartige Verpachtung bringt daher keinerlei Vorteile gegenüber den bereits erwähnten Konstruktionen. Sie kommt wohl auch in der Praxis so gut wie nicht vor.

III.: Die Unterbeteiligung an einer stillen Beteiligung.

Neben den dinglichen Berechtigungen an der Mitgliedschaft gewährt allein die Unterbeteiligung einem Gesellschaftsfremden eine schuldrechtliche Sicherung und wirtschaftliche Beteiligung. Der stille Gesellschafter beteiligt hierbei den Unterbeteiligten am Gewinn und u.U. auch am Verlust seiner Beteiligung. Das geschieht durch Errichtung einer Innengesellschaft in Form einer BGB-Gesellschaft. [1)]

Der Unterbeteiligte tritt ausschließlich in schuldrechtliche Rechtsbeziehungen zum stillen Gesellschafter. Er ist dinglich nicht mitberechtigt. Die Unterbeteiligung besteht nicht an der Gesellschaft, sondern nur an der stillen Beteiligung. Daher bedarf sie auch nicht des Einverständnisses des Geschäftsinhabers oder anderer stiller Gesellschafter. [2)] Hierin liegt der wesentliche Vorteil der Unterbeteiligung gegenüber den Formen der dinglichen Belastung und der Treuhand. Zwar bietet sie letztlich weniger Sicherheiten und vor allem keinerlei Einflußmöglichkeiten auf das Gesellschaftsgeschehen, aber sie bedarf nicht der Mitwirkung des

---

1). Schilling in Großk.z.HGB § 161 Anm. 30, § 335 Anm. 30; Paulick aaO S. 109; Koenigs aaO S. 26; H. Westermann Hdb RZ 939 ff; Reinhardt GR RZ 300 ff; Janberg DB 53, 72; Wiedemann aaO S. 312 ff mwN.

2). Vgl. Lit. Fußn.1).

Geschäftsinhabers.

Die Unterbeteiligung ist sowohl als Mittel zur Kreditsicherung, als Ersatz für Unübertragbarkeit und Unteilbarkeit der stillen Beteiligung als auch zur vorweggenommenen Erbfolgeregelung verwendbar.[1] Insgesamt bedeutet sie jedoch ein Minus gegenüber den Belastungsmöglichkeiten und der Treuhand.

---

1). Wendelstein BB 1970, 735 ff; Paulick aaO S. 109 mwN.

Lebenslauf

Am 30. Januar 1947 wurde ich als erster von zwei Söhnen des Versicherungskaufmanns Friedrich Janzen und dessen Ehefrau Christel Janzen geborene Huft in Allendorf / Eder, Kreis Frankenberg geboren. Im April 1953 wurde ich in die Volksschule zu Allendorf / Eder eingeschult, die ich bis zum vierten Schuljahr besuchte. Ostern 1957 wechselte ich auf das Realgymnasium Edertalschule in Frankenberg über. Im Juni 1957 verzog die Familie nach Kassel. Hier ging ich weiter zur Schule und legte am 2. November 1966 die Reifeprüfung am Realgymnasium Goehteschule in Kassel ab. Vom 2. Januar 1967 bis zum 31. März 1968 stand ich als Polizeiwachtmeister im Dienst der hessischen Bereitschaftspolizei in Mühlheim am Main und Hanau. Am 1. April 1968 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps - Universität in Marburg und legte am 23. Februar 1973 die erste juristische Staatsprüfung ab. Vom Sommersemester 1973 an bis zum Frühjahr 1975 war ich Student der Wirtschaftswissenschaften in Marburg. Von März 1975 bis September 1977 war ich Rechtsreferendar in Wiesbaden. Seit Oktober 1977 bin ich als Rechtsanwalt in Wiesbaden tätig.